

فَتْحُ الْعَقَدِ

بِكُتُبِ تَحْقِيقِ تَأْيِيدِ الْأَخْبَرِ

لِلْإِمَامِ الْهَادِي وَخَاتَمِ الْحَقِيقِينَ
 شَاهِدِ الدِّينِ مُحَمَّدِ بْنِ قَاسِمٍ الْعَبْدِ الْبَصْرِيِّ الشَّافِعِيِّ
 وَعَلَيْهِ بِكَاشِفَةٌ وَتَفْصِيلَاتٌ لِلنَّقِيَّةِ الْأَصُولِ
 مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ حَسَنِ الْجَوْهَرِيِّ الصَّرْفِيِّ ١٢١٥ هـ

قَدَّمَ

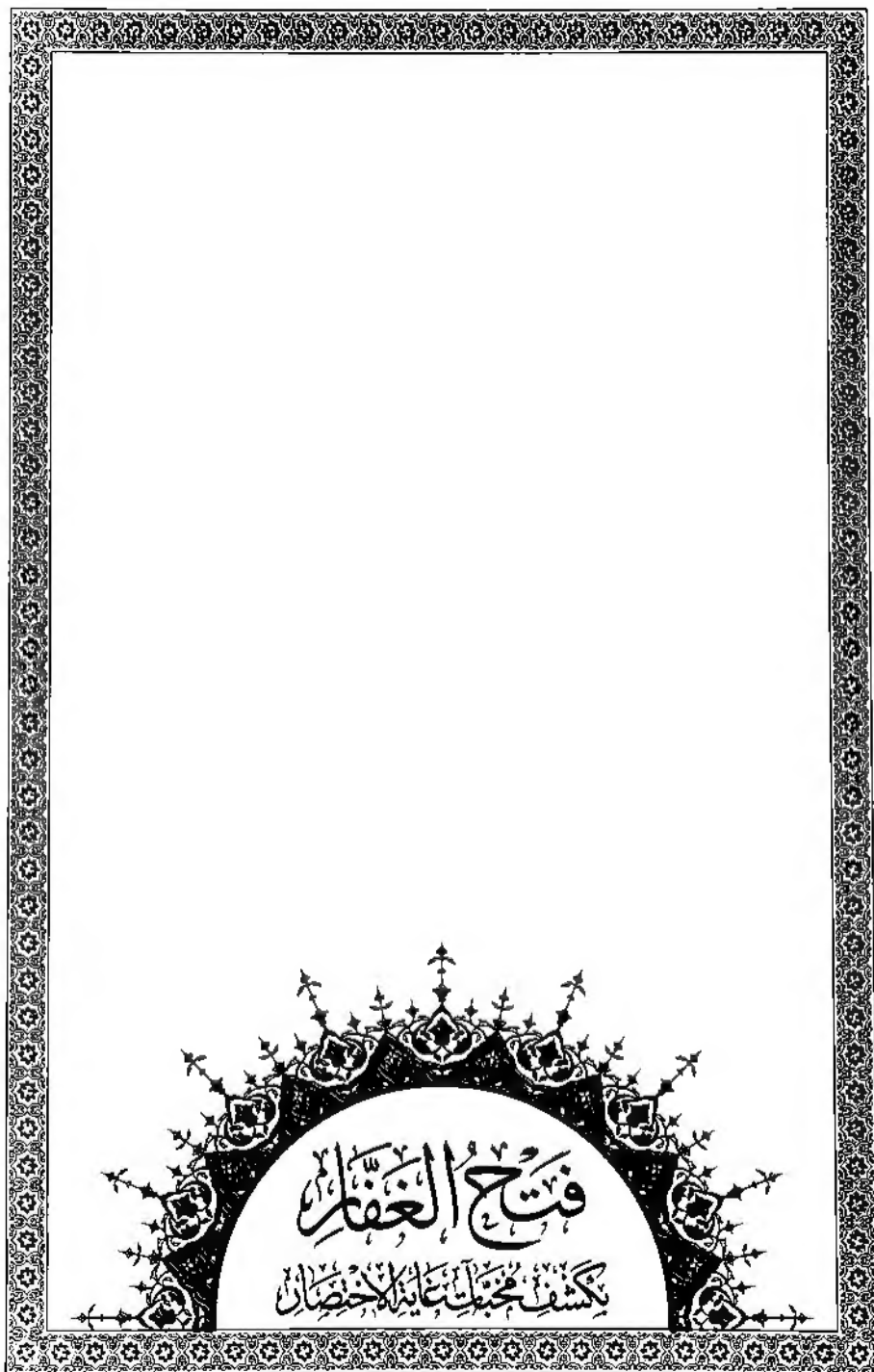
فَتْحُ الْكَافِيَةِ الْعَلَامَةُ النَّوْبِيَّةُ

عَبْدُ الْعَزِيزِ الشُّهَادِيُّ عَزَّلَهُ اللَّهُ

قَبْلَهُ

وَالْإِمَامُ الْهَادِي

عَبْدُ الْعَزِيزِ الشُّهَادِيُّ عَزَّلَهُ اللَّهُ



فَتَحِ الْعَقْلَ
يَكْشِفُ مَحَبَّتَكَ بِأَيِّدِ الْخَصَائِرِ

ابن قاسم، أحمد بن قاسم الصباغ العبادي.

فتح الغفار بكشف مخبآت غاية الاختصار.

تأليف: ابن قاسم العبادي.

تحقيق: وائل محمد بكر.

القاهرة: الدار العمرية - ٢٠٢١.

مجلد (٣/٣) - ٧١٥ ص - ١٧ × ٢٤ سم.

١. الفقه الشافعي.

أ. بكر، وائل محمد (محقق).

ب. العنوان.

رقم الإيداع: ٢٦٥٥٨ - التاريخ ٢٠٢١/١١/١٥

ردمك: ٩٧٨٩٧٧٨٥٩٣٣٥٨

الطبعة الأولى ١٤٤٣ هـ - ٢٠٢٢ م

حقوق الطبع محفوظة © ١٤٤٣ هـ، لا يسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو حفظه ونسخه في أي نظام ميكانيكي أو إلكتروني أو ترجمته إلى لغة أخرى دون الحصول على إذن خطي مسبق من الناشر.

دار الزكّا

الكتاب

شارع الإمام محمد عبده خلف الجامع الأزهر

+2012202275629 +201060908845 +20108543160

dar.alzakhair@gmail.com

دار الذخائر

فَتْحُ الْغَفْلَةِ

يَكْشِفُ مَخْبُطَاتِهَا وَيُزِيلُ لَهَا خِصَانَهَا

لِلإِمَامِ الْعَلَامَةِ خَاتَمَةِ الْمُحَقِّقِينَ

شَهَابُ الدِّينِ أَحْمَدُ بْنُ قَاسِمٍ الْعَبَّادِيُّ الْبَصْرِيُّ الشَّافِعِيُّ

وَعَلَيْهِ حَاشِيَةٌ وَتَقْرِيرَاتٌ لِلْفَقِيهِ الْأُصُولِيِّ

مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ حَسَنِ الْجَوْهَرِيِّ الصِّغِيرِيِّ ١٢١٥ هـ

قَدَّمَ لَهُ

فَتْحُ الْقَافِيَةِ الْعَلَامَةُ الْفَقِيهُ

عَبْدُ الْعَزِيزِ الشُّهَاوِيُّ حَفِظَهُ اللَّهُ

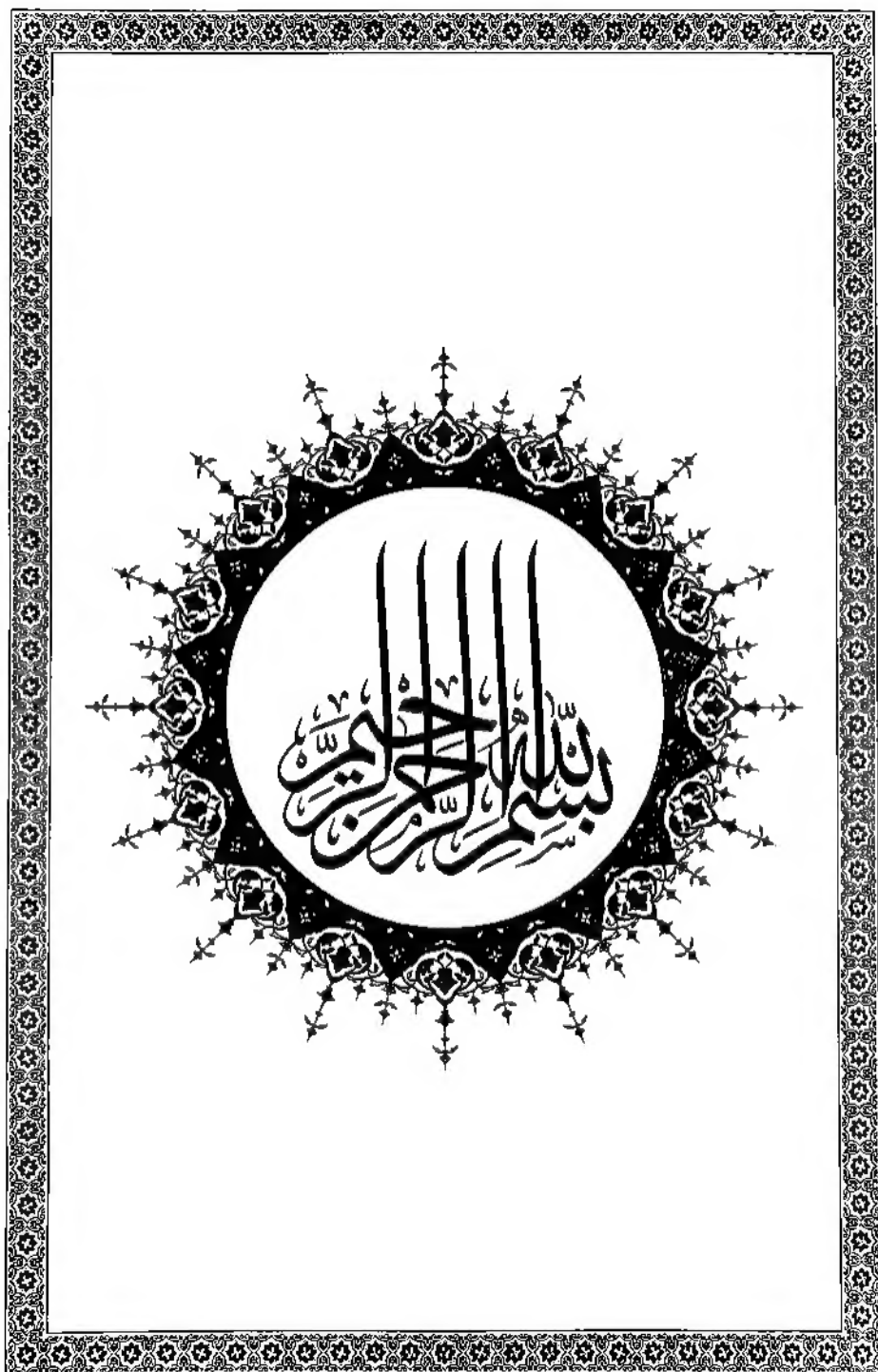
تَحْقِيقُ

وَأَبِلَ مُحَمَّدُ بْنُ كَرِيمٍ زُهْرَانُ الشَّيْخُورِيُّ

الْمَجْلَدُ الثَّالِثُ

دارُ الدِّينِ خُطَّابُ

مَكْتَبَةُ الْعَمَلِ



(كِتَابُ الْبَيْعِ)

أي: أنواع البيع، وهو يُطلق على قَسِيمِ الشُّرَاءِ، وهو التَّمْلِيكُ المَخْصُوصُ، وعلى العَقْدِ المُرَكَّبِ مِنَ الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، وهو الأَوْفَقُ بِالترَّجْمَةِ، وعلى العُلُقَةِ الحَاصِلَةِ عَنِ الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، وهو المُرَادُّ فِي نَحْوِ قَوْلِكَ: «أَجَزْتُ الْبَيْعَ وَفَسَخْتُهُ»؛ إِذْ لَا يُتَصَوَّرُ إِجَازَةُ نَفْسِ الْعَقْدِ أَوْ فُسْخُهُ.

(وَعَبْرُهَا مِنَ الْمُعَامَلَاتِ) يَحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَكْثَرًا كَالسَّلَمِ، وَالرَّهْنِ، وَالشَّرَكَةِ، وَالْإِجَارَةِ، فَنَحْوُ الْإِقْرَارِ وَالغَضَبِ زِيَادَةً عَلَى مَا فِي التَّرْجِمَةِ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا التَّصَرُّفَاتِ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالْمَالِ مُطْلَقًا، فَلَا زِيَادَةً، لَكِنْ لَا يَخْفَى مَا فِي إِطْلَاقِ الْمُعَامَلَةِ عَلَى نَحْوِ الْإِقْرَارِ وَالغَضَبِ، بَلْ عَلَى نَحْوِ الصَّلَاحِ وَالْوَكَالَةِ مِنَ الْبُعْدِ.

(الْبَيْعُ) أي: مجموع أنواع البيع (ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ) أي: أنواع:

أَحَدُهَا: (بَيْعٌ عَيْنٍ مُشَاهَدَةً) عِنْدَ الْعَقْدِ أَوْ قَبْلَهُ، إِذَا لَمْ يَغْلِبِ التَّغْيِيرُ إِلَى وَقْتِهِ، وَكَانَ ذَاكَرًا حَالِ الْعَقْدِ لِأَوْصَافِهِ الَّتِي شَاهَدَهَا^(١)، فَلَوْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا^(٢) عَمَّا شَاهَدَهُ عَلَيْهِ تَخِيرٌ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي وَخُيِّرَ، وَلَعَلَّ مُحَلَّهُ إِذَا تَغَيَّرَ بِغَيْرِ كَمَالٍ، وَإِلَّا فَلَا يَنْتَجِ التَّخِيرُ.

وَالظَّاهِرُ فِيمَا لَوْ عَقَدَ قَبْلَ مُضِيِّ مَدَّةٍ يَغْلِبُ فِيهَا التَّغْيِيرُ لَكِنْ بَعْدَ الْعِلْمِ بِحَصُولِهِ عَدَمُ الصَّحَّةِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ شَاهَدَ الثَّمَرَةَ قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا ثُمَّ عَقَدَ قَبْلَ مُضِيِّ مَدَّةٍ يَغْلِبُ فِيهَا التَّغْيِيرُ صَحَّ وَلَا خِيَارَ لَوْ تَبَيَّنَ بُدْوَ صِلَاحِهَا عِنْدَ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَهَا إِلَى كَمَالٍ، بِخِلَافِ مَا لَوْ عَقَدَ بَعْدَ الْعِلْمِ بِبُدْوَ الصَّلَاحِ.

(١) فِي (ج)، (ش): «بِشَاهَدِهَا».

(٢) فِي (ج)، (ش): «وَلَوْ وَجَدَتْ مُتَغَيِّرَةً».

وَيُسْتَرَطُّ مَشَاهِدُهُ كُلُّ عَيْنٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهَا، كَأَن يُشَاهِدَ فِي الدَّارِ الْبُيُوتَ
وَالسُّقُوفَ وَالسُّطُوحَ وَالْجُدْرَانَ وَالْمُسْتَحَمَّ وَالْبَالُوْعَةَ، وَفِي الرَّقِيقِ مَا عَدَا
الْعَوْرَةَ وَاللِّسَانَ وَالْأَسْنَانَ، وَفِي الدَّائِيَّةِ مَا عَدَا اللِّسَانَ وَالْأَسْنَانَ، حَتَّى شَعْرِهَا
فَيَجِبُ رَفْعُ نَحْوِ السَّرِجِ وَالْإِكَافِ، وَظَاهِرُ ذَلِكَ اعْتِبَارُ مَشَاهِدَةِ بَاطِنِ قَدَمِ
الرَّقِيقِ وَحَافِرِ الدَّائِيَّةِ، وَهُوَ مَا قَالَهُ بَعْضُهُمْ، لَكِنِ الْأَوْجَهُ مَا قَالَهُ غَيْرُهُ مِنْ عَدَمِ
اعْتِبَارِ ذَلِكَ، وَبِهِ أَفْتَى بَعْضُ شَيْوِخِنَا فِي الْأَمَّةِ، وَمِثْلُهَا غَيْرُهَا كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

وَفِي الثُّوبِ جَمِيعُ أَحَدٍ وَجْهَيْهِ إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ؛ كَكِرْبَاسٍ^(١)، وَجَمِيعُ وَجْهَيْهِ
إِنْ اخْتَلَفَ؛ كَدِيْبَاجٍ مُنْقَشٍ وَبِسَاطٍ.

وَفِي الْكِتَابِ وَالْمُصْحَفِ وَالْوَرَقِ الْبِيَاضِ جَمِيعُ الْأَوْرَاقِ، وَيَكْفِي مَشَاهِدَةُ
بَعْضِهَا وَلَوْ حِينَ انْفِصَالِهِ عَنْهَا بِشَرْطِ إِدْخَالِهِ فِي بَيْعِهَا، وَإِنْ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَيْهَا إِنْ
دَلَّ عَلَى بَاقِيهَا؛ كَنَحْوِ^(٢) صُبْرَةٍ نَحْوِ الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ مِمَّا لَا تَخْتَلِفُ أَجْزَاؤُهُ غَالِبًا
كَظَاهِرِهَا، أَوْ جِزْءٍ مُنْفَصِلٍ مِنْهَا بِخِلَافِ الرُّمَّانِ وَالسَّفَرَجَلِ، (فَجَائِزٌ) مِنْ
الْجَوَازِ بِمَعْنَى الْحِلِّ وَالصَّحَّةِ مَعًا.

(و) الثَّانِي: (بَيْعُ شَيْءٍ) بِغَيْرِ لَفْظِ السَّلَامِ (مَوْصُوفٍ) بِمَا يُبَيِّنُ قَدْرَهُ وَجَنَسَهُ
وَصِفَتَهُ؛ كَثُوبٍ كَتَّانٍ طَوْلُهُ وَعَرْضُهُ وَصِفَتُهُ كَذَا، كَانِي (فِي الدَّمَةِ) وَهِيَ لُغَةٌ:
الْعَهْدُ وَالْأَمَانُ، وَاصْطِلَاحًا: الذَّاتُ وَالنَّفْسُ، إِطْلَاقًا لِاسْمِ الْحَالِ عَلَى الْمَحَلِّ.
وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: هِيَ مَعْنَى مُقَدَّرٍ فِي الْمَحَلِّ يَصْلُحُ لِلإِلْزَامِ وَالِاتِّزَامِ.

قَالَ: وَعَلَيْهِ الْمِيتُ لَهُ ذِمَّةٌ بَاقِيَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ بِالْذِّينِ وَيَلْتَزِمُ لَهُ^(٣). انْتَهَى.

(١) الثوب الخشن، وهو فارسي معرب. «المصباح المنير» (٢/ ٥٢٩).

(٢) في (ش): «لبعض»، وفي (ج): «كبعض».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٥).

ولا يُنافيه قولهم: «ذمّة الميت خربت»؛ لأنه بالنسبة للمستقبل خاصّة، وكأنّ عبارة الظرفيّة عليهما استعارة للارتباط والتعلّق.

(فجائز) بالمعنى المذكور، لكن يجب تعيين رأس المال في المجلس إذا كان في الذمّة؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين فإنّه ممتنع.

وخرج بيان القدر وما بعده: ما إذا لم يُبين ذلك، أو بعضه؛ كـ «بعثك زنة هذه الحصة ذهباً» أو «ثوباً طوله وعرضه كذا»، ولم يزد؛ فالبيع باطل.

ويقوله: «في الذمّة» المُعَيَّن، فلا يكفي وصفه^(١).

وإذا سلّمه شيئاً عن المبيع الموصوف لزمه قبوله (إذا وُجدت الصفة) لذلك الشيء (على ما) أي: على الوجه الذي (وُصف) المبيع (به) بأن طابقت الوصف المشروط، بخلاف ما لو وُجدت على خلافه، لا يلزمه القبول، بل لا يجوز إن اختلف الجنس أو النوع إلا بتعويض إن جوزناه هنا؛ أي: في المبيع في الذمّة، وبما تقرّر يعلم ما في كلامه من الإبهام، وكأنّه لم يُيال به؛ لظهور المراد.

(و) الثالث: (بيع عين غائبة) أي: (لم تُشاهد) من العاقلين أو أحدهما المشاهدة اللاتقة كما تقدّم، (فلا يجوز) بالمعنى السابق؛ لما فيه من الغرر، نعم يُسامح في فُقاع الكوز فلا يُشترط رؤية شيء منه كما صحّحه في «الروضة»^(٢) وغيرها؛ لأنّ بقاءه فيه من مصلحته، ولأنّه تشقّ رؤيته، فعلم امتناع عقد الأعمى على معيّن؛ كقبضه، وإقباضه، وسائر التصرفات فيه، بخلافه على ما^(٣) في الذمّة، نعم له أن يشتري نفسه ويؤجرها؛ لأنّه لا يجهلها، وأن يكتب^(٤)

(١) في (ش)، (هـ): «صفته».

(٢) «روضة الطالبين» (٣/ ٣٧٤).

(٤) في (هـ): «كانت».

(٣) في (ش)، (ج): «ما مضى».

ملكه تغليبا للعتي، وقياسه كما قاله الزركشي صحة شرائه من يعتق عليه وبيع العبد من نفسه^(١).

وقضية ذلك كما قاله بعضهم جريانه في البصير أيضا حتى يصح منه المكاتبه وما بعدها بلا رؤية؛ فليتامل.

ولا يصح البيع إلا بإيجاب، وقبول باللفظ، أو ما قام مقامه؛ كإشارة الأخرس:

* صريحا كان كل منهما؛ كـ «بعثك» في الإيجاب، أو «ابتعت» في القبول.

* أو كناية؛ كـ «جعلته لك»، و«اجعله لي».

(ويصح بيع كل شيء طاهر)، أو يمكن تطهيره بالغسل، فلا يصح بيع نجس العين، ولا المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كذلك؛ كالمائع، وكالماء القليل مطلقا، والكثير المتغير، والأجر المعجون بالزبل؛ لأنه في معنى نجس العين، وإن أمكن طهر الماء القليل بالمكاثرة والكثير بزوال التغير؛ لأنه من باب الإحالة، كالخمر يمكن تطهيره بالتخلل، بخلاف الثوب المتنجس بما لا يستر ما يشترط رؤيته منه، والماء الذي ظننت طهارته بالاجتهاد، والدار المبنية بالأجر المذكور، فيصح بيعها؛ لأن البناء إنما يدخل في بيعها تبعا للطاهر كالحجر والخشب.

(منتفع به) شرعا ولو مالا؛ كماء، وتراب ولو بمعدنيهما وأمكن تحصيلهما بلا تعب ولا مؤنة، وكضبع، وضب، وفهد وفيل وطاووس وعندليب وعلق ورقيق زمن وجحش صغير؛ لمنفعة الأكل في الأولين، والصيد في الثالث،

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (١٨/٢).

والقتال في الرَّابِع، والاستمتاع بالصُّورة في الخامس، والصَّوت في السَّادس، وامتناع الدَّم في السَّابع، والتَّقَرُّب بالعِتق^(١) في الثَّامن، ونحو الرُّكوب المُتَوَقَّع في الأخير.

(مَمْلُوكٌ) للعاقِد، أو مُوَكَّلِه فيه، أو مُوَكَّلِه ولو في الواقع، فلا يَصِحُّ بَيْعُ ما ليس مملوكًا لأحدِ الثَّلَاثَةِ وإن أجازَه المالك، ويَصِحُّ بَيْعُ ما هو مملوكٌ لأحدِهِم في الواقع، وإن ظَنَّه العاقِدُ بخلافه؛ كَأَن باعَ مالَ مُورَّثِه يظُنُّه حيًّا فبانَ موته، أو مالَ غيره بقصدِ التَّعَدِّي فيه فبانَ أَنَّهُ وَكَّلَه في بيعه، أو أَنَّهُ وَلِيه عندَ العَقْدِ في الجَمِيع، وقد عَلِمَ ممَّا تقدَّمَ اشتراطُ كونه معلومًا عَيْنًا أو صفةً، وممَّا يَأْتِي في الغَرَرِ اشتراطُ كونه مقدورًا على تسليمه أو تسلُّمه.

(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ عَيْنٍ نَجَسَةٍ) وإن أَمَكَّنَ طَهْرُها بالاستحالة؛ ككَلْبٍ، وخَمِيرٍ، وجلدِ ميتةٍ؛ لأنَّه عَلَيْهِ السَّلَامُ نَهَى عن ثَمَنِ الكَلْبِ وقال: «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ» رواه الشَّيْخَانِ^(٢)، والمعنى فيها نجاسةُ عَيْنِها.

(وَلَا) بَيْعُ (مَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ) شرعًا؛ كَأَسَدٍ، وَذَيْبٍ، وَنَمِرٍ، ونحو حَبْتِي بُرٍّ، وآلَةٍ لَهْوٍ ولو مِن نَقْدٍ، بخلافِ آتِيَةِ النَّقْدِ؛ لأنَّه قد يجوزُ استعمالُها.

فإن قلت: وآلَةُ اللَّهْوِ قد يجوزُ استعمالُها للشفاءِ مِن بعضِ الأمراضِ.

قلت: هو حالةُ ضرورةٍ، وآلَةُ النَّقْدِ يجوزُ استعمالُها بمُجَرَّدِ الحاجةِ.

(وَالرِّبَا فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) مضروبينِ كَانَا أو لا، وهو أَخْذُ ما يَأْتِي بِبَيْعِ كُلِّ منهما بجنسِهِ مع التَّفَاضُلِ الآتِي، أو تَأْجِيلِ العَوَضَيْنِ^(٣) أو أَحَدِهِما، أو إلْزَامُ

(١) في (ش)، (ج): «في العِتق».

(٢) «صحيح البخاري» (٢٢٣٦)، و«صحيح مسلم» (١٥٨١) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) في (ج): «الأجلين».

العقد بتفريق^(١) أو غيره قبل التقابض، أو بيع أحدهما بالآخر مع التأجيل أو الإلزام المذكورين.

(و) في (المطعمومات) وهي ما قصد لطعم الأدميين بأن كان أظهر مقاصده الطعم:

* اقتياتا؛ كبر، وشعير، وفول، وذرة، وأرز،

* أو تفكؤها؛ كتمر، وزبيب، وتين،

* أو تداويا؛ كملح، وسقمونيا، وزعفران،

وهو أن يبيع الجنس منها مع أحد الأمور المذكورة، أو باخر منها مع أحد الآخرين.

(حرّام)؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الزُّبْنَ﴾^(٢)، بل هو كبيرة؛ للوعيد الشديد عليه.

(ولا يجوز) أي: لا يحل ولا يصح (بيع الذهب بالذهب، و) لا بيع (الفضة كذلك) أي: بالفضة في سائر أحوالها^(٣) (إلا) حالة كون كل من الذهب بالذهب والفضة بالفضة (متمائلا) بأن يماثل أحد العوضين الآخر (نقدا) بأن يكون كل منهما حالا مقبوضا لمتعوضه، أو وكيله في قبضه، أو وارثه قبل لزوم العقد ولو من أحد الجانبين فقط كما هو ظاهر بمفارقة المتعوض مجلس العقد، أو الوارث مجلس بلوغ الخبر، أو اختيارهما لزومه، فإن انتفى شيء من ذلك بأن يبيع مع التفاضل أو التأجيل ولو لأحد العوضين وإن قل الأجل وتقابضا قبل لزوم العقد أو مع التفريق أي: بالاختيار، أخذا مما ذكره في باب الخيار، وإن

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(١) في (ش)، (ح): «بتفريق».

(٣) في (ش)، (ج): «أحوالهما».

نَقَلَ السُّبْكِيُّ وَغَيْرُهُ عَنِ الصَّيْمَرِيِّ أَنَّهُ لَا فَرْقَ قَبْلَ التَّقَابُضِ، أَوْ مَعَ اخْتِيَارِ لَزُومِ الْعَقْدِ وَلَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا فَقَطْ عَلَى مَا سَبَقَ قَبْلَ التَّقَابُضِ^(١).

وَأَنَّ تَقَابُضًا قَبْلَ التَّفَرُّقِ^(٢) فَسَدَ الْبَيْعُ وَأَثِمًا إِثْمَ الرِّبَا كَمَا يُعْلَمُ مِمَّا سَيَأْتِي أَيْضًا، وَطَرِيقُهُمَا فِي دَفْعِ الْإِثْمِ إِذَا أَرَادَا التَّفَرُّقَ قَبْلَ التَّقَابُضِ^(٣) أَنْ يَتَفَاسَخَا قَبْلَهُ، وَلَوْ حَصَلَ لَزُومُ الْعَقْدِ بِتَفَرُّقٍ أَوْ اخْتِيَارٍ بَعْدَ تَقَابُضِ الْبَعْضِ فَقَطْ صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ فَقَطْ. وَهَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي؟ وَجَوَابُهُ بَحْثُ بَعْضِهِمْ مَجِئُهَا فِي الْبَائِعِ، ثَالِثُهَا: يَتَخَيَّرُ إِنْ جَهَلَ انْفِسَاخَ الْبَيْعِ.

وَلَوْ أَدَّعَى أَحَدُهُمَا التَّفَرُّقَ قَبْلَ الْقَبْضِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ أَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً قَدَّمَتْ، وَالْمُرَادُ بِالْقَبْضِ هُنَا الْحَقِيقِيُّ، فَلَا تَكْفِي الْحَوَالَةُ وَإِنْ حَصَلَ الْقَبْضُ بِهَا فِي الْمَجْلِسِ، وَمِثْلُهَا الْإِبْرَاءُ، وَيَكْفِي الْإِسْتِقْلَالُ بِقَبْضِ الْعَوَاضِ الْمُعَيَّنِ وَإِنْ كَانَ لِلْبَائِعِ حَقُّ الْحَبْسِ.

(وَلَا يَجُوزُ) أَي: لَا يَحِلُّ وَلَا يَصَحُّ (بَيْعُ مَا ابْتَاعَهُ) وَلَا نَحْوَهُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ؛ كَالْهَبَةِ، وَالتَّصَدُّقِ، وَالْكِتَابَةِ، وَالْإِجَارَةِ وَلَوْ مِنَ الْبَائِعِ، بِخِلَافِ نَحْوِ عَتَقِهِ وَإِيلَادِهِ وَإِبَاحَتِهِ لِلْفُقَرَاءِ إِنْ اشْتَرَاهُ جُزْأً (حَتَّى يَقْبِضَهُ) وَلَوْ إِسْتِقْلَالًا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُلَوَّجًا وَإِنْ حَلَّ، أَوْ حَالًا كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ، وَسَلَّمِ الْحَالُ لِمُسْتَحَقِّهِ مَعَ التَّقْدِيرِ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ ذَرْعٍ فِيمَا يَبِيعُ مَقْدَرًا؛ كـ «بِعْتُكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ»، أَوْ «بِعْتُكَهَا بِعَشْرَةٍ عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَصْعٍ»؛ وَذَلِكَ لِلنَّهْيِ عَنِ بَيْعِ السَّبْعِ قَبْلَ قَبْضِهِ كَمَا فِي الصَّحِيحَيْنِ^(٤) وَغَيْرِهِمَا، نَعَمْ إِنْ بَاعَهُ لِلْبَائِعِ بَعَيْنِ الثَّمَنِ أَوْ

(١) يَنْظُرُ: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/٢٣).

(٢) فِي (ش)، (ح): «الْقَبْضُ».

(٣) «صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ» (٢/٢١٣٢)، وَ«صَحِيحُ مُسْلِمٍ» (١٥٢٥) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا

بمثله إذا كان في الذِّمَّةِ، أو كان قد تَلَفَ صَحَّ وكان إقالة، فإن قَبَضَهُ على ما ذَكَرَ جازَّ بيعُهُ وغيرُهُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ.

(وَلَا يَبِيعُ اللَّحْمُ) وَلَوْ مِنْ سَمَكٍ وَجَرَادٍ (بِالْحَيَوَانِ) الْحَيِّ، وَلَوْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جَنَسِهِ، سِوَاةٍ فِيهِ الْأَدَمِيُّ وَغَيْرُهُ، وَالْمَأْكُولُ وَغَيْرُهُ؛ كَبَيْعِ لَحْمِ الْبَقَرِ بَبَقَرٍ، أَوْ إِبِلٍ أَوْ حِمَارٍ أَوْ سَمَكٍ أَوْ جَرَادٍ أَوْ عَيْدٍ؛ لِلنَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ. رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(١) مُسْنَدًا، وَأَبُو دَاوُدَ ^(٢) مُرْسَلًا، وَرَوَى الْحَاكِمُ ^(٣) وَالْبَيْهَقِيُّ ^(٤) وَصَحَّحَ إِسْنَادَهُ «النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ الشَّاةِ بِاللَّحْمِ».

وَكَاللَّحْمِ: الْأَلِيَّةُ، وَالطُّحَالُ ^(٥)، وَالْقَلْبُ، وَالْكُلْيَةُ، وَالرَّثَةُ، وَالْكَبْدُ، وَالشَّحْمُ، وَالسَّنَامُ، وَالْجِلْدُ الْمَأْكُولُ قَبْلَ دُبْغِهِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُوْكَلُ غَالِبًا.

وَأَمَّا بَيْعُ السَّمَكِ الْحَيِّ بِمَثْلِهِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا ابْتِلَاعَهُ حَيًّا لَمْ يَجُزْ، وَإِلَّا جازَّ. قَالَهُ الْمُتَوَلَّى.

وَخَرَجَ بِاللَّحْمِ وَمَا الْحَقَّ بِهِ: اللَّبَنُ، وَالْبَيْضُ، فَيَجُوزُ بَيْعُهُمَا بِالْحَيَوَانِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ فِيهِ مِثْلُهُ مِنْ جَنَسِهِ كَمَا فِي بَيْعِ لَبَنٍ شَاةٍ بِشَاةٍ فِي ضَرْعِهَا لَبَنٌ، وَبَيْعِ بَيْضَةٍ دَجَاجَةٍ بِدَجَاجَةٍ فِيهَا بَيْضَةٌ لَمْ يَصَحَّ؛ لِلرَّبَا.

(وَيَجُوزُ) أَي: يَحِلُّ وَيَصَحُّ (بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ) حَالَةً كَوْنُهُ (مَتَفَاضِلًا) مَعَهَا ^(٦) بِالْوِزْنِ بَأَنْ يَفْضَلَ أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ فِيهِ، (نَقْدًا) بَأَنْ يَكُونَ كُلُّ مَنِهْمَا حَالًّا مَقْبُوضًا قَبْلَ لُزُومِ الْعَقْدِ عَلَى مَا سَبَقَ.

(١) «العلل الكبير» (٣١٩) ونقل تضعيف البخاري له.

(٢) «المراسيل» (١٧٨).

(٣) «المستدرک» (٢٢٥٢).

(٤) «السنن الكبير» (١٠٥٧٠).

(٥) راد في (ش)، (ك): «والكد».

(٦) في (ش)، (ح): «معهما في الوزن».

(وَكَذَلِكَ) أَي: وَمِثْلُ الذَّهَبِ (الْمَطْعُومَاتُ) وَتَقَدَّمَ بَيَانُهَا فِي أَنَّهَا (لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنَ الْجِنْسِ مِنْهَا بِمِثْلِهِ) أَي: بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ؛ كَبَيْعِ بُرٍّ بِبُرٍّ (إِلَّا) حَالَةً كَوْنٍ مَجْمُوعَهُمَا (مُتَمَاثِلًا) بِأَنْ يُسَاوِيَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ:

* فِي الْكِيلِ إِنْ كَانَ مَكِيلًا؛ كَالْحُبِّ، وَالْأَدِهَانِ، وَالْأَلْبَانِ،

* أَوْ الْوَزْنِ إِنْ كَانَ مَوْزُونًا؛ كَالسَّمَنِ الْجَامِدِ، وَكُلِّ مَا هُوَ أَكْبَرُ جِرْمًا مِنَ الثَّمَرِ؛ كَالْبَيْضِ وَالْجَوْرِ.

(نَقْدًا) بِأَنْ يَكُونَ كُلُّ مِنْهُمَا حَالًا مَقْبُوضًا قَبْلَ الْلُزُومِ كَمَا سَبَقَ فَيَجُوزُ، نَعَمْ قَدْ يَشْتَمِلُ عَلَى مَا يَمْنَعُ الْعِلْمَ بِالْمُثَالَةِ فَيَمْتَنِعُ بَيْعُهُ بِمِثْلِهِ مُطْلَقًا؛ كَالدَّقِيقِ، وَالْخَبْزِ، وَنَحْوِ الْمَعْقُودِ وَالْمَشْوِيِّ، بِتَفَاوُتِ الْأَوَّلِ فِي الثُّمُومَةِ وَمَا بَعْدَهُ فِي تَأْثِيرِ النَّارِ، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ؛ كَعَسَلٍ، وَسَمْنٍ يُمِيزَانِ عَنِ الشَّمْعِ وَاللَّبَنِ.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الشَّيْءِ مِنَ الْجِنْسِ مِنْهَا بِغَيْرِهِ) أَي: بِشَيْءٍ مِنَ جِنْسٍ آخَرَ؛ كَبَيْعِ بُرٍّ بِشَعِيرٍ، وَبَيْعِ ذَهْنٍ بِسَمْسَمٍ بِكَسْبِهِ الْخَالِصِ مِنَ الدُّهْنِ حَالَةً كَوْنٍ مَجْمُوعَهُمَا (مُتَفَاضِلًا) بِأَنْ يَفْضَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي الْكِيلِ إِنْ كَانَ مَكِيلًا، أَوْ الْوَزْنِ إِنْ كَانَ مَوْزُونًا.

(نَقْدًا) أَي: حَالًا مَقْبُوضًا قَبْلَ الْلُزُومِ كَمَا سَبَقَ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ اسْتَعْمَلَ النَّقْدَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ فِي مَعْنَى الْمَقْبُوضِ أَيْضًا، وَالْعِبْرَةُ فِي كَوْنِ الشَّيْءِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا: بِغَالِبِ عَادَةِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ بَعْرَفِ الْحِجَازِ كَمَا قَالَهُ الْمُتَوَلَّى^(١)، ثُمَّ بوزن ما هو أكبر جرمًا مِنَ الثَّمَرِ^(٢)، ثُمَّ بِعَادَةِ بِلَدِ الْبَيْعِ، ثُمَّ بِالْغَالِبِ فِيهَا، ثُمَّ بِأَشْبِهِ الْأَشْيَاءِ بِهِ.

(٢) فِي (ع): «التمر».

(١) يَنْظُرُ: «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٢/ ٢٤).

ولا يكفي وجود التَّمَاثُلِ في الواقع، بل لابدَّ من العلم به حتَّى لو تبايعا ربويًّا بجنسِه جُزْأً فالْم يَصِحَّ وإن خَرَجَا سِوَاءَ، نَعَمْ لو تبايعا صُبْرَةً بِأُخْرَى مِمَّا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْكِيلُ مَكَايِلَةً، أَوْ كَيْلًا بِكَيْلٍ، أَوْ مِمَّا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْوَزْنُ مُوَازِنَةً أَوْ وَزْنًا بِوَزْنٍ صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ سِوَاءَ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ قَبْضِ الْجُمْلَتَيْنِ بِلَا كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ، وَإِنْ جَهِلَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ كَوْنَهُمَا سِوَاءَ، كَمَا هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ، فَكَأَنَّهُمْ نَزَّلُوا قَوْلَهُمَا: «مَكَايِلَةً» أَوْ «كَيْلًا بِكَيْلٍ»، أَوْ «مُوَازِنَةً» أَوْ «وَزْنًا بِوَزْنٍ» مَنْزِلَةَ الْعِلْمِ حَالَةَ الْعَقْدِ بِالسَّوَاءِ^(١)، وَالْعِبْرَةُ فِي مُثَالَةِ الثَّمَارِ وَالْحُبُوبِ وَاللُّحُومِ بِحَالَةِ جَفَافِهَا كَمَا سَيَأْتِي.

وَيُعْتَبَرُ خُلُوُّ اللَّحْمِ مِنْ عَظْمٍ وَمِلْحٌ يَظْهَرُ فِي الْوَزْنِ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الثَّمَارِ وَالْحُبُوبِ تَنَاهِي جَفَافِهَا، بِخِلَافِ اللَّحْمِ؛ لِأَنَّهُ مُوزُونٌ، وَمُطْلَقُ الرُّطُوبَةِ تَوَثُّرٌ فِي الْوَزْنِ دُونَ الْكِيلِ، وَلَوْ بَيَعَ الْمُوزُونُ كَيْلًا أَوْ الْمَكِيلُ وَزْنًا لَمْ يَصِحَّ.

(وَلَا يَجُوزُ) أَي: لَا يَحِلُّ وَلَا يَصِحُّ (بَيْعُ الْغَرَرِ)؛ لَصَحَّةِ النَّهْيِ عَنْهُ^(٢)، وَهُوَ كَمَا قَالَ الْمَاوُزِدِيُّ: مَا تَرَدَّدَ بَيْنَ مُتَضَادَّيْنِ أَغْلِبَهُمَا أَخَوْفُهُمَا^(٣)، وَقِيلَ: مَا انْطَوَتْ عَنْهُ عَاقِبَتُهُ، وَذَلِكَ كَبَيْعِ الْغَائِبِ وَالْمَعْجُوزِ عَنْ تَسْلِيمِهِ حِسًّا، أَوْ شَرَعًا، كَالْمَغْصُوبِ الَّذِي لَا يَقْدِرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى تَخْلِيصِهِ بِلَا مُؤَنَةٍ وَمَشَقَّةٍ شَدِيدَةٍ، وَالْمَرْهُونِ بَعْدَ قَبْضِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مُرْتَبِنَةٍ.

(وَالْمُبْتَاعَانِ) أَي: كُلُّ مِنْهُمَا (بِالْخِيَارِ) بَيْنَ فَسَخِ الْبَيْعِ وَإِجَازَتِهِ، وَإِنْ اسْتَعْقَبَ الْبَيْعُ الْعِتْقُ؛ كَأَن يَكُونَ الْمَبِيعُ أَصْلَ الْمُشْتَرِي أَوْ فِرْعَهُ فَلَا يُحْكَمُ بَعْتُهُ حَتَّى يَنْقَطِعَ خِيَارُهُمَا أَوْ خِيَارُ الْبَائِعِ فَقَطُّ بِمَا سَيَأْتِي فَيَتَبَيَّنُ عِتْقُهُ مِنْ حِينَ الشَّرَاءِ.

(٢) رواه مسلم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(١) في (ش): «بالمِثَالَةِ».

(٣) «الحاوي الكبير» (١٥/٥).

(مَا) دَامَا (لَمْ يَتَفَرَّقَا) مِنْ مَجْلِسِ الْعَقْدِ عَنِ اخْتِيَارِ أَبْدَانِهِمَا عُرْفًا، وَإِنْ مَكَّنَا سَنِينَ، أَوْ بُنِيَ بَيْنَهُمَا جِدَارٌ وَلَوْ بَفَعْلِهِمَا أَوْ أَمْرِهِمَا، خِلَافًا لِلْجَمْعِ، أَوْ أَقَامَا^(١) وَتَمَاشِيَا أَبَامَا، فَإِنْ تَفَرَّقَا كَذَلِكَ وَلَوْ بِمُفَارَقَةِ أَحَدِهِمَا الْمَجْلِسَ دُونَ الْآخِرِ بَطَلَّ خِيَارُهُمَا، فَإِنْ كَانَا فِي دَارٍ صَغِيرَةٍ فَالْتَفَرُّقُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا مِنْهَا أَوْ صُعودِهِ سَطْحًا، أَوْ كَبِيرَةٍ فَبِانتِقَالِ أَحَدِهِمَا مِنْ صَحْنِهَا إِلَى صُفَّتِهَا أَوْ بَيْتٍ مِنْ بَيْوتِهَا، أَوْ فِي صَحْرَاءٍ أَوْ فِي سَوِيٍّ فَبِأَنْ يُولِيَ أَحَدُهُمَا ظَهْرَهُ وَيَمْشِي قَلِيلًا.

وَلَوْ جُنَّ أَحَدُهُمَا أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ قَامَ وَلِيُّهُ فِي الْأَوَّلِينَ وَوَارِثُهُ أَوْ وَلِيُّهُ فِي الثَّلَاثَةِ مَقَامَهُ، فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهِ وَلَوْ غَيْرَ مَجْلِسِ الْعَقْدِ، وَإِنْ تَعَدَّدَ الْوَارِثُ فَيُثْبِتُ لِكُلِّ مِنْهُمْ، وَلَا يَبْطُلُ خِيَارُ أَحَدٍ مِنْهُمْ إِلَّا بِمُفَارَقَةِ جَمِيعِهِمْ مَجْلِسَ الْعِلْمِ، وَلَوْ فَسَخَ بَعْضُهُمْ وَأَجَازَ الْبَاقُونَ قُدِّمَ الْفَسْخُ، وَلَوْ حَصَلَ فَسْخٌ أَوْ إِجَازَةٌ مِنْهُمْ أَوْ مِنْ بَعْضِهِمْ قَبْلَ الْعِلْمِ بِمَوْتِ الْمُورِثِ كَانَ نَافِذًا عَلَى الْأَوْجِهَةِ فِي الْإِجَازَةِ، وَفَاقًا لِمَا فِي «الْبَسِيطِ»، وَخِلَافًا لِلْإِمَامِ وَقَوْلِهِ: الْإِجَازَةُ رَضَى^(٢).

وَلِئَمَّا يَتَحَقَّقُ مَعَ الْعِلْمِ بَرْدُهُ مَا صَحَّحُوهُ مِنْ صَحَّةِ بَيْعِ الْوَارِثِ مَا لَمْ يَمُوتْهُ ظَنًّا بِحَيَاتِهِ فَبِأَنْ مَوْتُهُ مَعَ تَوَقُّفِ الْبَيْعِ عَلَى الرُّضَى، وَيُثْبِتُ الْخِيَارُ لِلْعَاقِدِ الْآخِرِ مَا دَامَ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ، فَإِنْ فَارَقَهُ أَوْ فَارَقَ جَمِيعَ الْوَرِثَةِ مَجْلِسَهُمْ سَقَطَ خِيَارُهُ وَخِيَارُهُمْ.

وَلَوْ كَانَ فِرَاقُ الْعَاقِدِ الْآخِرِ قَبْلَ عِلْمِ الْوَرِثَةِ فَهَلْ يَنْقَطِعُ خِيَارُهُمْ أَيْضًا كَمَا لَوْ هَرَبَ أَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ وَمَنَعَ الْآخَرُ مِنْ اتِّبَاعِهِ، فَإِنَّ عَدَمَ عِلْمِهِمْ بِمَنْزِلَةِ الْمَنْعِ فِي الْإِتِّبَاعِ، وَلَا يُعَارِضُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ عَلَّلُوا بِطُلَانِ خِيَارِ صَاحِبِ الْهَارِبِ لَتَمَكُّنِهِ مِنَ

(١) فِي (ع): «أَقَامَا».

(٢) «نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ فِي دِرَايَةِ الْمَذْهَبِ» (٥/٢٦).

الْقَسْخَ بِالْقَوْلِ، وَهَذَا غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُمْ عَلَّلُوهُ أَيْضًا بِأَنَّ الْهَارِبَ فَارَقَ مُخْتَارًا، وَالْأَصْلُ أَنَّ كَلًّا مُسْتَقْلًّا بِالْعِلَّةِ فَيُبْتُتُ الْحُكْمُ مَعَ كُلِّ مِنْهُمَا؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَلَعَلَّ الْانْقِطَاعَ أَقْرَبُ.

وَلَوْ اشْتَرَى الْوَلِيُّ لَطْفِلَهُ فَبَلَغَ رَشِيدًا فِي الْمَجْلِسِ لَمْ يَنْتَقِلْ لَهُ الْخِيَارُ، بَلْ يَبْقَى لَهُ عَلَى الْأَوْجِهِ، وَلَوْ مَاتَ الْوَكِيلُ فِي الْمَجْلِسِ انْتَقَلَ لِمُوكِّلِهِ، وَهَلْ جُنُونُهُ كَمَوْتِهِ؟ فِيهِ نَظَرٌ^(١).

وَخَرَجَ بِالْاِخْتِيَارِ: مَا لَوْ أُكْرِهَ أَحَدُهُمَا عَلَى التَّفَرُّقِ، فَلَا يَنْقَطِعُ خِيَارُهُ وَإِنْ لَمْ يُسَدِّ فَمُهُ، وَأَمَّا الْآخَرُ فَإِنْ مَنَعَ مِنَ الْخُرُوجِ مَعَهُ بَقِيَ خِيَارُهُ أَيْضًا، وَإِلَّا فَلَا، نَعَمْ لَوْ كَانَ الْإِكْرَاهُ بِحَقٍّ كَمَا إِذَا غَضِبَ أَحَدُهُمَا مَوْضِعَ الْعَقْدِ فَأُكْرِهَ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْهُ انْقَطَعَ خِيَارُهُ، وَظَاهِرُ انْقِطَاعِ خِيَارِ الْآخَرِ، نَعَمْ إِنْ خَرَجَ مَعَهُ بَحِيثٌ يُعَدِّانِ مَجْتَمِعَيْنِ فظَاهِرُ بَقَاءِ خِيَارِهِمَا.

وَلَوْ هَرَبَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَتَّبِعْهُ الْآخَرُ فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ اتِّبَاعِهِ بَطَلَ خِيَارُهُمَا، فَإِنْ تَبِعَهُ دَامَ خِيَارُهُمَا مَا لَمْ يَتْبَاعِدَا، وَعَنْ بَعْضِهِمْ عَصِيَانُ الْهَارِبِ؛ لِإِبْطَالِهِ عَلَى الْآخَرِ حَقًّا لَازِمًا، وَالظَّاهِرُ خِلَافُهُ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

وَكَتَفَرِقَهُمَا^(٢) تَخَايُرُهُمَا؛ نَحْوُ: تَخَايَرْنَا الْعَقْدَ، أَوْ أَجْزَنَاهُ، أَوْ الزَّمَانَهُ، أَوْ أَجْزَنَاهُ إِبْطَالَ الْخِيَارِ أَوْ إِفْسَادَهُ، فَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لَصَاحِبِهِ: «اخْتَرْتُ» انْقَطَعَ خِيَارُ الْقَائِلِ وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ صَاحِبُهُ؛ لِتَضَمُّنِهِ الرِّضَى بِاللُّزُومِ، وَلَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا لَزَمَهُ سَقَطَ خِيَارُهُ وَبَقِيَ خِيَارُ الْآخَرِ، وَيُسْتَشْنَى بَيْعُ الرَّقِيقِ مِنْ نَفْسِهِ فَلَا خِيَارَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ عِتَاقَةٍ، وَهَذَا الْخِيَارُ يُسَمَّى خِيَارُ الْمَجْلِسِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ ﷺ: «الْبَيْعَانِ

(١) فِي هَامِش (ع): «نَعَمْ جُنُونُهُ كَمَوْتُهُ كَمَا هُوَ صَرِيحٌ شَرْحِ الْمَنْهَجِ كَفِيرُهُ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ».

(٢) فِي (ج) «وَكَتَفَرِقَهُمَا».

بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: «اخْتَرْ». رواه الشيخان^(١).

وقوله: «أَوْ يَقُولَ» قال النووي: منصوبٌ بـ«أَنْ»، وتقديره: «إِلَّا أَنْ»
«إِلَى أَنْ»، ولو كان معطوفاً لجزمه فقال: «أَوْ يَقُلْ»^(٢).

قال شيخنا شهاب الدين^(٣): المعنى على العطفِ أَنَّ الخيارَ ثابتٌ لهما في مدَّةِ
انتفاءِ التَّفَرُّقِ أو مدَّةِ انتفاءِ قولِ أحدهما للآخر: «اخْتَرْ»، فيقتضي ثبوته في الأولى،
وإن انتفتِ الحالةُ الثانيةُ بأن قال أحدهما للآخر: «اخْتَرْ»، وثبوته في الثانية وإن
انتفتِ الأولى بأن تفرَّقا، والتَّخْلُصُ منهما بما قاله النووي رَحِمَهُ اللهُ. انتهى.

فإن قلت: لا حاجةَ لذلك مع قولِ الأئمةِ إِنَّ العطفَ بـ«أَوْ» بعدَ النَّفْيِ يكونُ
نفياً لكلٍّ مِنَ المتعاطفاتِ، لا لأحدهما.

قلت: هذا بحسبِ استعمالِ اللغةِ، وقضيةٌ أَصْلُ وضعها أَنَّ النَّفْيَ لأحدهما
كما قرَّره الرَّاغِبِيُّ، فربَّما تَوَهَّم أَنَّ العطفَ جارٍ على أَصْلِ الوضعِ، فما قاله
النَّوَوِيُّ^(٤) قاطعٌ لذلك.

(وَلَهُمَا) أَي: لِلْمُتَبَاعِعِينَ (أَنْ يَشْتَرِطَا) فِي الْعَقْدِ، وَمِثْلُهُ زَمَنُ الْخِيَارِ، لهما أو
لأحدهما وإن كان كافراً والمبيعُ رقيقه المسلم، أو لأجنبيٍّ كالرَّقِيقِ المبيعِ.
قال الزَّركَشِيُّ: والأقربُ اشتراطُ بلوغه لا رشده^(٥). انتهى.

وفيما لو كان عبداً لم يَأْذَنَ له سيِّدُهُ وجَهِانُ، ولا يبعدُ ترجيحُ الجوازِ.

(١) «صحيح البخاري» (٢١٠٩)، و«صحيح مسلم» (١٥٣١) من حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(٢) «المجموع شرح المذهب» (١٧٥/٩).

(٣) يعني شيخه البرلسي في حواشيه على «كنز الرافعين» (٢٣٦/٢).

(٤) «المجموع شرح المذهب» (١٧٥/٩).

(٥) يطر: «أسى المطالب» (٥٢/٢).

(الخيار) في البيع بين فسخه وإجازته بالنسبة لكل المبيع أو بعضه، معيناً كأحد العبدنين على التعيين، فيجوز الفسخ فيه وحده وإن تفرقت الصفقة؛ لتضمن الشرط الرضى بذلك، وإذا خيّر الأجنبي لم يتخير الشارط، نعم الوكيل منهما أو من أحدهما ليس له شرطه لغير نفسه من صاحبه أو غيره إلا بإذن موكله، وعليه رعاية المصلحة في الفسخ والإجازة، وله كل منهما وإن منعه الموكل، بخلاف الأجنبي لا تلزمه رعاية المصلحة بناءً على أن شرط الخيار له تملك لا توكيل، وهو الأرجح، ومن ثم لو عزل نفسه لم ينعزل كما قاله البغوي، وقياسه أنه لو عزلاه لم ينعزل، ولو مات ثبت الخيار للشارط، أو مات الوكيل فلموكله، وهل نحو الجنون فيهما كالموت؟ فيه نظر.

ولو أطلق أحد العاقدين شرط الخيار ولم يصفه لهما أو لأحدهما اختص به أخذاً مما صححه في «الروضة»^(١) فيما إذا أطلقه الوكيل أنه يثبت له دون موكله والعاقدين الآخر.

ويستثنى من جواز شرط الخيار بيع من يعتق على المشتري فلا يجوز فيه شرط الخيار له وحده، وبيع الربوي وما يخاف فسادَه في مدة الخيار، والسلام فلا يجوز فيه شرط الخيار مطلقاً، وحيث جاز شرط الخيار فشرطه تقديره بمدة معلومة متوالية متصلة بالشرط.

وأن يكون (إلى ثلاثة أيام) بلياليها فأقل من الشرط، فإن أطلق أو قدر بمدة مجهولة أو متفرقة أو منفصلة عن الشرط أو زائدة على ثلاثة أيام بطل العقد، ولو شرط لأحدهما يوم وللآخر يومان أو ثلاثة جاز، ولو قال: «إلى يوم» أو

(١) «روضة الطالبين» (٣/ ٤٤٩)

«ساعة» صَحَّ، وَحُمِلَ عَلَى يَوْمِ الْعَقْدِ؛ فَفِي الْيَوْمِ قَالَ فِي «شرح المَهْذَبِ»^(١): إِنْ كَانَ الْعَقْدُ مِنْ نَصْفِ النَّهَارِ ثَبَتَ الْخِيَارُ إِلَى أَنْ يَنْتَصِفَ النَّهَارُ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي، وَتَدْخُلُ اللَّيْلَةُ فِي حَكْمِ الْخِيَارِ لِلضَّرُورَةِ، وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ فِي اللَّيْلِ ثَبَتَ الْخِيَارُ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ مِنَ الْيَوْمِ الْمُتَّصِلِ بِذَلِكَ اللَّيْلِ، قَالَهُ الْمُتَوَلَّى وَغَيْرُهُ. انْتَهَى. وَظَاهِرُهُ دُخُولُ اللَّيْلِ فِي الْخِيَارِ تَبَعًا لِلْيَوْمِ؛ لِمُضَرَّةِ اتِّصَالِ الْمُدَّةِ بِالشَّرْطِ، وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ دُخُولُهَا، وَعَلَيْهِ مَشَى ابْنُ الْعِمَادِ، وَرَدَّ مَا وَقَعَ لِبَعْضِهِمْ أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ إِلَّا بِشَرْطِ دُخُولِهَا.

وَقَضِيَّةٌ مَا ذَكَرَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْعَقْدُ وَقَّتَ الْفَجْرَ وَشَرَطَ الْخِيَارُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَدْخُلِ اللَّيْلَةُ الْآخِرَةُ؛ إِذْ لَا ضَرُورَةَ إِلَى دُخُولِهَا، وَلَا هِيَ مِنْ مُسَمًّى الثَّلَاثَةِ أَيَّامٍ^(٢)، بِخِلَافِ نَظِيرِهِ مِنْ مَسْحِ الْخُفِّ، وَقَدْ نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ فِي «المَهْمَاتِ»^(٣). قَالَ الرَّوْيَانِيُّ^(٤): وَلَوْ شَرَطَا خِيَارَ يَوْمٍ آخَرَ أَيْ: مَثَلًا فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فِي أَثْنَاءِهِ فَزَادَ وَارِثُهُ مَعَ الْآخِرِ خِيَارَ يَوْمٍ آخَرَ احْتِمَلَّ وَجْهَيْنِ أَشْبَهَهُمَا الْجَوَازُ. انْتَهَى. وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَلَوْ أَسْقَطَ ذُو الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ خِيَارَ الْأَوَّلِ سَقَطَ الْكُلُّ، أَوْ أَسْقَطَا الثَّلَاثَ لَمْ يَسْقَطْ مَا قَبْلَهُ، أَوِ الثَّانِي بِشَرْطِ أَنْ يَبْقَى الثَّلَاثُ سَقَطَ خِيَارُ الْيَوْمَيْنِ جَمِيعًا.

وَظَاهَرُ كَلَامِهِمْ بَقَاءُ الْبَيْعِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَتَوَقَّفَ فِيهِ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي الْأَوَّلَى وَمِثْلُهَا الْبَقِيَّةُ، وَظَاهَرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْمَجْلِسِ بَعْدَ مُضِيِّ يَوْمٍ مِنَ الْعَقْدِ خِيَارَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ صَحَّ وَلَا مَانِعَ مِنْهُ، وَلَا يُنَافِيهِ أَنَّ الْمَشْرُوطَ فِي الْمَجْلِسِ كَالْمَشْرُوطِ فِي الْعَقْدِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ خِيَارَ الْأَرْبَعَةِ، وَهُوَ بَاطِلٌ،

(١) «المجموع شرح المَهْذَبِ» (٩/١٩٣).

(٢) فِي (ج) «الأيام».

(٤) «بحر المذهب» (٤/٤٥٨).

(٣) «المهمات» (٥/١٧٢).

لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُرَادَ بِكُونِهِ كَالْمَشْرُوطِ فِي الْعَقْدِ الْاعْتِدَادُ بِهِ وَوَجُوبُ الْاحْتِرَازِ فِيهِ عَنِ مُفْسِدِ الْعَقْدِ، لَا اعْتِبَارُ الثَّلَاثِ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ أَيْضًا.

ثُمَّ رَأَيْتُهُ نَقَلَ فِي «الْعَخَادِمِ» أَنَّ ابْنَ الرَّفْعَةِ أَبْدَى^(١) اِحْتِمَالَيْنِ فِي إلْغَاءِ الشَّرْطِ وَصَحَّتِهِ فِيمَا إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ بَعْدَ مُضِيِّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْمَجْلِسِ، وَأَنَّ النَّوَوِيَّ جَزَمَ فِي «شرح المَهْذَبِ»^(٢) بَأَنَّا إِذَا قُلْنَا: الْمُدَّةُ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ^(٣) وَشَرَطَا فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ اعْتَبِرَ مِنْ حِينِ الشَّرْطِ.

وظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ شَرْطُ زِيَادَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَوْ عَلَى التَّدْرِيجِ، وَلِهَذَا قَالَ الْمَاوَرَدِيُّ: لَوْ تَبَايَعَا بِغَيْرِ خِيَارٍ فَقَبْلَ افْتِرَاقِهِمَا شَرْطًا فِي الْعَقْدِ خِيَارٌ يَوْمٌ ثَبَتَ لَهُمَا خِيَارُ الْيَوْمِ، وَلَوْ افْتَرَقَا ثُمَّ اجْتَمَعَا قَبْلَ مُضِيِّهِ فَزَادَا فِي الْخِيَارِ يَوْمًا آخَرَ ثَبَتَ لَهُمَا الْخِيَارُ، فَإِنْ اجْتَمَعَا فِيهِ فَزَادَا فِي الْخِيَارِ يَوْمًا آخَرَ ثَبَتَ لَهُمَا الْخِيَارُ، فَإِنْ اجْتَمَعَا فِيهِ فَزَادَا رَابِعًا بَطَلَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ شَرَطَا ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ بَطَلَ، فَكَذَا إِذَا أَحَقَّاهُ بِالْعَقْدِ^(٤).

(وَلِإِذَا وَجِدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ) قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَكَذَا بَعْدَ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ كَمَا قَالَ الشُّبْكِيُّ كَابِنِ الرَّفْعَةِ^(٥) أَنَّهُ الْقِيَاسُ بِنَاءً عَلَى انْفِسَاخِ الْعَقْدِ بِتَلْفِيفِهِ حِينَئِذٍ كَمَا رَجَّحَهُ الشُّيْخَانِ^(٦).

وهو: مَا نَقَصَ الْعَيْنَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ، أَوْ قِيمَتُهُمَا، وَغَلَبَ فِي جَنْبِهَا عَدَمُهُ؛ كَخِصَاءِ الْحَيَوَانِ - وَإِنْ زَادَتْ بِهِ قِيمَتُهُ - وَجِمَاحِهِ، وَعَضُّهُ، وَرَمْجِهِ،

(١) فِي (ج) «أَجْرِي».

(٢) «المجموع شرح المَهْذَبِ» (١٩٩/٩).

(٤) «الحاوي الكبير» (٦٩/٥).

(٣) فِي (ع)، (هـ): «الشَّرْطُ».

(٥) «كُفَايَةُ النَّبِيهِ فِي شَرْحِ النَّبِيهِ» (٤٣١/٨).

(٦) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٢١٧/٤)، وَ«المجموع شرح المَهْذَبِ» (٣٠٩/١٢).

وَبَخَرِ الرَّقِيقِ، وَصُنَانِهِ الْمُسْتَحْكِمِ، بِخِلَافِ الْحَاصِلِ لِعَرَضٍ عَرَقٍ، أَوْ حَرَكَةٍ عَنِيفَةٍ، أَوْ اجْتِمَاعٍ وَسَخٍ، وَبَوْلِهِ بِالْفِرَاشِ حَيْثُ لَا يُعْتَادُ مِنْ مِثْلِهِ، وَكَذَا زِنَاهُ وَسَرْقَتُهُ وَرَدُّتُهُ وَجَنَابَتُهُ عَمْدًا بِقَتْلِ أَوْ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا لَا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ؛ كَقَطْعِ إصْبَعٍ زَائِدَةٍ، وَقُلْفَةِ سِيرَةٍ مِنْ فَخِيزٍ أَوْ سَاقٍ لَا تُورَثُ شَبَابًا وَلَا تُفَوْتُ غَرَضًا، وَمَا لَا يَغْلِبُ فِي جَنْسِهَا عَدَمُهُ؛ كَقَلْعِ سِنٍّ فِي الْكَبِيرِ وَثُيُوبَةٍ فِي أَوَانِهَا فِي الْأُمَةِ.

وَمِنْ ذَلِكَ تَرْكُ الصَّلَاةِ، وَخِصَاءُ غَيْرِ الْأَدَمِيِّ الْآنَ؛ لِغَلَبَتِهِمَا كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

(فَلِلْمُشْتَرِي) بِنَفْسِهِ أَوْ وَكَيْلِهِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ وَلَوْ بَعْدَ زَوَالِهِ عَنْهَا وَعُودِهِ إِلَيْهَا بِنَحْوِ بَيْعٍ أَوْ هَبَةٍ، وَلَمْ يَحْدُثْ فِيهِ عِنْدَهُ عَيْبٌ بَاقٍ عِنْدَ الرَّدِّ (رَدَّةٌ^(١)) بِالْعَيْبِ فَوَرَأَ إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا فِي الْعَقْدِ بِأَنْ يُبَادَرَ حَالُ الْعَلَمِ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَا يُكَلِّفُ الْعَدُوَّ فِي الْمَشِيِّ، وَالرَّكْضِ فِي الرُّكُوبِ لِرَدِّ، وَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ أَوْ يَقْضِي حَاجَةً فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ، أَوْ وَقَدْ دَخَلَ وَقْتُ هَذِهِ الْأُمُورِ فَلَهُ الْاِسْتِغَالُ بِهَا، أَوْ لَيْلًا فَحَتَّى^(٢) يُصْبِحَ عَلَى الْبَائِعِ أَوْ وَكَيْلِهِ فِي ذَلِكَ، وَلَهُ الرُّفْعُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَفْسَخَ عِنْدَهُ ثُمَّ يَسْتَحْضِرَ الْخَصْمَ وَيُرَدِّ عَلَيْهِ.

وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى الْإِسْهَادِ حَالَ ذَهَابِهِ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ الْحَاكِمِ، أَوْ حَالَ تَوَكُّلِهِ فِي الرَّدِّ أَوْ عُذْرِهِ عَلَى الْفَسْخِ، وَلَوْ بَعْدَ لِوَاحِدٍ لَزِمَهُ، فَإِنْ تَرَكَهُ سَقَطَ حَقُّهُ وَلَا يَحْتَاجُ بَعْدَهُ إِلَى الْإِتْيَانِ إِلَى أَحَدِهِمَا عَلَى الْأَوْجَهِ.

وَلَوْ لَقِيَ أَحَدَهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ فَلَا أَوْجَهَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ هُوَ الْبَائِعُ جَازَ الْعُدُولُ عَنْهُ، أَوْ الْحَاكِمُ فَلَا، وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا وَلَا وَكَيْلَ لَهُ هُنَاكَ رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ بِأَنْ يَدَّعِيَ شَرَاءَ ذَلِكَ الشَّيْءِ مِنْ فَلَانٍ الْغَائِبِ بِشَمْنٍ مَعْلُومٍ قَبْضُهُ ثُمَّ ظَهَرَ الْعَيْبُ، وَأَنَّهُ فَسَخَ الْبَيْعَ، وَيُقِيمُ الْبَيِّنَةَ بِذَلِكَ وَيُحْلِفُهُ أَنَّ الْأَمْرَ جَرَى كَذَلِكَ،

(٢) فِي (ج). «فَحِينَ»

(١) فِي (ع)، (هـ): «الرَّدَّة».

ويحكم بالردّ على الغائب ويبقى الثمن ديناً عليه، ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل، ويقضي الدين من مال الغائب، فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه.

والظاهر كما قاله الزركشي أن الرّفْع إلى الحاكم ليمسح عنده يخفي فيه الغيبة عن البلد أي: بل وعن المجلس، وإن قلت، أمّا القضاء به وفضل الأمر فلا بدّ فيه من شروط القضاء على الغائب، فلا يقضى عليه مع قرب المسافة، ولا يباع ماله إلا لتعزّز أو توار.

ودخل في قوله: «المشتري» وكيل غيره في الشراء فله الردّ بالعيب، نعم إن اشتراه بعين مال المؤكّل، أو رضي به المؤكّل، أو قصر في الردّ؛ فلا ردّ له، وفارق فسخه بخيار المجلس وإن رضي المؤكّل باختصاص خيار المجلس بالوكيل، بخلاف ما لو رضي به الوكيل أو قصر في الردّ؛ فللمؤكّل الردّ إن سمّاه الوكيل في العقد أو نواه وصدّقه البائع، وإلا وقع الشراء للوكيل.

وخرج بما تقرّر: ما إذا لم يكن المبيع في يد المشتري فلا ردّ حيثنذ، ثم إن كان مأبوساً أو في حكم المأبوس من عوده؛ كان مات، أو اعتقه، أو اعتق بالشراء لكونه أضله أو فرّعه، أو زوجّه ولم يرّض البائع بأخذه مزوجاً رجّع بالأرّش على البائع، وهو جزء من ثمنه نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من قيمته سليماً إليها.

ولأ؛ كأن باعه، أو وهبه، أو رهنه، أو كاتبه كتابة صحيحة، أو غصب منه، أو أبق في يده، أو آجره ولم يرّض البائع به مسلوب المنفعة مدّة الإجارة فلا أرّش له أيضاً؛ لأنّه يمكن عوده إليه فيردّه، نعم إذا كان العيب في الأبق غير الإباق فله الردّ لليأس من ردّه.

وما لو حدث عنه عيب وهو ما يثبت الرد غالباً فيسقط رده القهري، ثم إن رضي به البائع رده المشتري أو قنع به، وإلا فليضم المشتري أرش الحادث، وهو ما بين قيمته مع العيب القديم وقيمه معهما إلى المبيع، ويرد أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد، فإن اتفقا على أحد الأمرين فذاك، وإلا أجيب من طلب الإمساك، ومحل ذلك إذا أعلم البائع فوراً بالحادث ليختار ما تقدم، فإن أخر إعلامه بلا عذر فلا رده ولا أرش.

وما لو زال العيب القديم، أو أخر الرد بلا عذر فيسقط حقه، ويصدق بيمينه إن ادعى جهله بشبوت الرد إن أسلم قريباً أو نشأ بعيداً عن العلماء، أو جهله يكون الرد على الفور إن خفي ذلك على مثله.

(ولا يجوز) أي: لا يحل ولا يصح (بيع الثمرة) والمراد الجنس دون أصلها حيث لم يكن مقطوعاً ولا جافاً، (مطلقاً) عن شرط القطع (إلا بعد بدو صلاحها)، وعلامته في المتلونة كالبلح والعناب: أخذها في الحمرة أو السواد أو الصفرة، وفي غيرها كالعنب الأبيض: لينها، وتمويهها وهو صفاؤها وجريان الماء فيها، فيجوز بيعها مطلقاً، وبشرط قطعها، وبشرط إبقائها.

فإن شرط قطعها لزم الوفاء به إن لم يُسمح البائع بالتترك إلى أوان الجذاذ، فإن لم يقطع حتى مضت مدة فإن كان البائع طالكه بالقطع لزم أجرتها، وإلا فلا، قاله الخوارزمي^(١).

وإن لم يشترط قطعها جاز إبقاؤها إلى وقت جذاذها المعتاد ولو قبل نضجها، وكان أصلها المقبوض أمانة مع المشتري، بخلاف ما لو قبض

(١) ينظر: «المجموع شرح المذهب» (١١/٤١٤).

المُشْتَرِي نحو الثَّمَنِ فِي ظَرْفِ الْبَائِعِ، فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ؛ لَتَمَكُّنِهِ مِنَ التَّسْلِيمِ فِي غَيْرِهِ، وَلِزِمَ الْبَائِعُ سَقْيُهُ بِقَدْرِ مَا يَنْمُو بِهِ وَيَسْلَمُ مِنَ الْفَسَادِ، فَإِنْ شَرَطَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَسَدَ الْبَيْعُ.

وَيُعْتَبَرُ فِي شَرْطِ الْقَطْعِ كَوْنُهُ مُنَجَّزًا، فَلَا يَكْفِي شَرْطُهُ^(١) بَعْدَ يَوْمٍ مِثْلًا، وَلَا يُغْنِي اعْتِيَاذُهُ عَنْ شَرْطِهِ، وَلَوْ تَرَاضَيَا بَعْدَ شَرْطِ الْقَطْعِ بِتَرْكِه جَارًا، وَلَوْ بَيَّعَتِ الثَّمَرَةُ مَعَ أَصْلِهَا صَفْقَةً وَاحِدَةً لَمْ يَجُزْ شَرْطُ الْقَطْعِ، أَوْ صَفْقَتَيْنِ وَجَبَ، أَوْ عَلَى أَصْلٍ مَقْطُوعٍ أَوْ جَافٍ لَمْ يَجِبْ شَرْطُ الْقَطْعِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَبْقَى عَلَيْهَا فَيَصِيرُ كَشَرْطِ الْقَطْعِ، وَلَوْ كَانَ الْأَصْلُ لِلْمُشْتَرِي لَمْ يَجِبِ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ.

وَبَدُوُ الصَّلَاحِ فِي الْبَعْضِ كَالْكُلِّ، وَكَبَيْعِهَا قَبْلَ بُدُوِّ صِلَاحِهَا بَيْعُهَا بَعْدَهُ إِذَا غَلَبَ تَلَا حَقُّهَا وَاخْتِلَاطُ حَادِثِهَا بِالْمَوْجُودِ؛ كَالثَّيْنِ.

(وَلَا) يَجُوزُ (يَبْعُ مَا) يَثْبُتُ (فِيهِ الرِّبَا) أَي: حُرْمَةُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ مَعَ انْتِفَاءِ الشَّرْطِ السَّابِقَةِ فِي مَحَلِّهِ (بِجَنْسِهِ) أَي: بِشَيْءٍ مِنْهُ حَالُ كَوْنِهِ (رَطْبًا) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّا يَجِفُّ، سِوَاكَ ذَلِكَ الشَّيْءِ رَطْبًا أَيْضًا أَوْ لَا، فَلَا يُبَايَعُ فِي غَيْرِ الْعَرَايَا رَطْبٌ بِرَطْبٍ وَلَا بِتَمْرٍ، وَلَا عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلَا بِزَيْبٍ، وَلَا طَرِيٌّ لَحْمٍ بِقَرٍ بِطَرِيٍّ وَلَا بِجَافٍ؛ لِلْجَهْلِ الْآنَ بِالْمُمَاطِلَةِ وَقْتَ الْجَفَافِ.

(إِلَّا اللَّبَنَ) فَيَجُوزُ بَيْعُهُ بِجَنْسِهِ^(٢) كَيْلًا وَإِنْ كَانَ رَطْبًا، سِوَاكَ فِيهِ الْحَلِيبُ وَغَيْرُهُ مَا لَمْ يَغْلُ بِالنَّارِ، وَلَا أَثَرُ لَكُونِ مَا يَخْوِيهِ الْمِكْيَالُ مِنَ الْخَاثِرِ أَكْثَرَ وَزَنًا. وَإِلَّا السَّمْنَ، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ بِجَنْسِهِ وَإِنْ كَانَ رَطْبًا، وَزَنًا إِنْ كَانَ جَامِدًا، أَوْ كَيْلًا إِنْ كَانَ مَائِعًا، عَلَى مَا جَزَمَ بِهِ الْبَغَوِيُّ^(٣)، وَاسْتَحْسَنَهُ فِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ».

(٢) كَتَبَ فِي هَامِشِ (ج): «أَي: بِشَيْءٍ مِنْهُ».

(١) فِي (ح): «شَرْطُهُ».

(٣) يَطْرُقُ «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٢٧/٢).

وَالْأَلَمَخِضُ الْخَالِصُ مِنَ الْمَاءِ وَنَحْوِهِ، فَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ وَإِنْ كَانَ رَطْبًا، وَقَدْ يَشْمَلُهُ اللَّبَنُ، بِخِلَافِ الْمَشْرُوبِ بِنَحْوِ الْمَاءِ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمِثْلِهِ، وَلَا بِخَالِصٍ؛ لِلْجَهْلِ بِالْمُمَاثِلَةِ.

وَالْأَلْعَصِيرَ وَالْخَلَّ، فَيَجُوزُ بَيْعُ عَصِيرِ نَحْوِ الرُّطْبِ أَوْ الْعِنَبِ بِجَنْبِهِ، وَإِنْ كَانَ رَطْبًا^(١).

وَالْأَلزَّبْتُونَ فَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ وَإِنْ كَانَ رَطْبًا، أَمَا بَيْعُهُ بِغَيْرِ جَنْبِهِ فَيَجُوزُ مُطْلَقًا؛ كَالرُّطْبِ بِالْعِنَبِ، أَوْ الزَّبِيبِ وَالْقَشَاءِ بِالْإِذْنَجَانِ أَوْ الْخِيَارِ، وَكَخَلِّ الرُّطْبِ بِخَلِّ الْعِنَبِ أَوْ خَلِّ الزَّبِيبِ، بِخِلَافِ خَلِّ الرُّطْبِ بِخَلِّ التَّمْرِ كَخَلِّ^(٢) التَّمْرِ بِخَلِّ التَّمْرِ، وَخَلِّ التَّمْرِ بِخَلِّ الزَّبِيبِ.

وَفِي الْخُلُولِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ ضَابِطُهَا كَمَا يُعْلَمُ بِتَأْمِلِهَا أَنَّهُ إِنْ اتَّحَدَ الْجِنْسُ اشْتَرَطَ انْتِفَاءُ الْمَاءِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَإِنْ اخْتَلَفَ اشْتَرَطَ انْتِفَاؤُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا.



(١) زاد في (ج): «وبيع خَلَّ نَحْوِ الرُّطْبِ أَوْ الْعِنَبِ بِجَنْبِهِ وَإِنْ كَانَ رَطْبًا».

(٢) في (ج): «وحل».

(فَصْلٌ)

فِي السَّلَمِ

ويقال له: السَّلَفُ.

وهو بيعٌ موصوفٍ في الدِّمَّةِ بلفظِ السَّلَمِ أو نحوه، ومنه لفظُ الصُّلحِ على ما هو قضيَّةٌ عدَّهم السَّلَمَ من أقسامِ الصُّلحِ.

(ويصحُّ السَّلَمُ) حالة كونه (حَالًا، وَ) حالة كونه (مُؤَجَّلًا) على الإسنادِ المجازيِّ فيهما كما هو ظاهرٌ، وذلك بأن يُصرَّحَ بالحُلُولِ أو التَّأجيلِ، فإن أُطلقَ انعقدَ حالًا كالثمنِ في المبيعِ المُطلَقِ، أو إلحاقًا به أَجَلًا في المجلسِ لِحَقِّ، أو ذكرًا أَجَلًا ثُمَّ أسقطاهُ في المجلسِ سَقَطَ.

أما المؤجَّلُ: فلورودِ النَّصِّ به؛ كخبرِ الصَّحيحين^(١): «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ».

وأما الحالُ: فبالقياسِ عليه بجامعِ دفعِ الحَرَجِ في إحضارِ المبيعِ مكانَ العقدِ أي: مثلاً وأوَّلَى؛ لأنَّه أبعَدُ عن الغررِ ولا مانعَ، ولا يُثافيهِ مفهومُ قوله في الخبرِ: «إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»؛ لأنَّه خرَجَ مخرَجَ الغالبِ، فلا مفهومَ له كما تفرَّزَ في الأصولِ.

ولو سُلِمَ فيجوزُ أن يكونَ مجموعُ الموصوفِ وصِفَتُهُ قيدًا واحدًا أريدَ به إخراجُ المجهولِ لا الحالَ أيضًا، ولأنَّ تقديرَه إن كان مؤجَّلًا بقَريْنَةٍ ما قبلَه مع مُساعدةِ المعنى فإنَّ تقديرَه: «في كيلٍ معلومٍ إن كان مكيلاً، ووزنٍ معلومٍ إن كان موزونًا» بدليلِ جوازِ السَّلَمِ في المعدودِ والمذروعِ.

(١) «صحيح البخاري» (٢٢٤٠)، و«صحيح مسلم» (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وظاهر أنه مع التصريح بذلك القيد لا يكون في قياس الحال تغييراً للحكم النص فكذا مع تقديره لدليل؛ لأنَّ المقدَّر كذلك كالمذكور كما هو مشهور، على أن غاية ما يلزم تغيير مفهوم النص بالقياس، وهو جائز عندنا لا سيما في الأحاد، ولأنَّ محلَّ البيع يجب أن يكون مملوكاً مقدور التسليم، والمسلم فيه ليس كذلك؛ لأنه معدوم، إلا أن الشارع رخص فيه بإقامة ما هو سبب القدرة على التسليم وهو الأجل مقام حقيقة القدرة وجعله خلفاً عنها، فحكم الأصل الذي هو السلم المؤجل يشتمل على جعل الأجل المعلوم خلفاً عن وجود المسلم فيه وعن القدرة عليه، وقياس الحال عليه تغيير لهذا الحكم؛ إذ ليس فيه جعل الأجل خلفاً عن الوجود، ومن شرط القياس تعدية الحكم من غير تغيير؛ لأننا لا نسلم أن الشارع أقام الأجل مقام ما ذكر، بل أسقط^(١) ما ذكر حال العقد تخفيفاً، واكتفى به عند وجوب التسليم وهو وقت الحلول.

وعلى هذا فليس في قياس الحال تغييراً للحكم، ولو سلمنا ذلك فليس اللازم في الحال إلا اعتبار القدرة حال العقد، وهو أولى بالجواز؛ لأنه رُجوع إلى الأصل دون الخلف، فغاية الأمر ترك الخلف إلى الأصل، ولا محذور فيه، وإنما المحذور الخروج عن الأصل والخلف جميعاً، ولا يضر عدم وجود محل البيع؛ لأنَّ ربطه بالذمة قائم شرعاً مقام وجوده بدليل جواز كون نحو الثمن في الذمة، وإذا علمت ذلك ظهر لك فساد دعواهم فساد القياس من وجهين أشرنا إليهما.

وإنما يصح السلم حالاً كان أو مؤجلاً (فيما تكامل فيه خمس شرائط):

الأول: (أن يكون مضبوطاً) في نفسه^(٢) (بالصفة) لانضباطها فيتأتى ضبطه بها، وذلك كالحبوب كالأرز في قشره الأسفل، والأذهان الغير المطيئة بطيب

(٢) وفي نفسه جاءت في (ع)، (ص) من المتن

(١) في (ن)، (ج): «أسقط اعتباراً».

خَالَطَهَا، بخلاف ما تروح شمسها^(١) به، والدقيق والشويق والنشا والتبن والنخالة إذا انضبطت بالكيل ولم يكثر تفاوتها فيه، والبرود؛ لأن تخطيطها مضبوط، إلا عصب اليمن والأكسية واللبد وغير الملبوس من نحو القمص والسراويلات.

بخلاف غير المضبوط بالصفة؛ كالملبوس من نحو القمص والسراويلات، وكالمعمول من الجباب والكيزان والمناثر والمخروط والمختلف الأعلى والأسفل مثلاً، ورؤوس الحيوان والجلود على هيئتها، بخلاف قطع الجلود يجوز السلم فيها وزناً؛ لأن المقصود جملة، فجعل تفاوتها عفواً، ويؤخذ من ذلك عدم صحته في نحو القول المدشوش؛ لعدم انضباطه.

(و) الثاني: (أَنْ يَكُونَ جِنْسًا لَمْ يَخْتَلِطْ بِهِ غَيْرُهُ) ممّا يكون مقصوداً فيه ولم ينضبطاً^(٢) في القدر والصفة:

* فلا يصح في المختلط المقصود الأركان الذي لا ينضبط؛ كالهريسة، والحلوى، والمعجونات، والكشك، والحنية المخلوطة بالشعير، والسفينة، والخفاف^(٣) والنعال لا اختلاف وجهيها وحشوها، والعبارة لا تنفي بذخر أوضاعها^(٤) وأقدارها، أمّا الخفاف المتخذة من شيء واحد ومثلها النعال، قال الشبكي: فإن كان من جلد ومنعنا السلم فيه وهو الأصح امتنع، وإن جوزناه فيظهر جوارزه إذا لم يختلف جلده وقطع قطعاً مضبوطة، وإن كان من غير جلد فكالثياب المخططة التي جوز الصيمري السلم فيها^(٥).

(١) في (ش)، (ك): «سمسها».

(٢) في (ش)، (ن): «ينضبط».

(٣) في (ش)، (ن): «أو كالخفاف».

(٤) في (ش)، (ن): «أو صافها».

(٥) يطر «أسي المطالب» (٢/ ٣٠).

* بخلاف المختلط المقصود الأركان المنضبط؛ كالعنابي وهو المركب من قطن وحريز، والخز وهو المركب من إبريسم وبر أو صوف، والثوب المعمول عليه بالإبرة من غير جنسه، والمختلط بما لا يقصد في نفسه؛ كخل التمر، والزبيب، والجبن، والأقط، والسّمك المملوح^(١)؛ لاختلاطها من الماء في الأول، والملح فيما بعده مع زيادة الإنفحة في الثاني والثالث، ويسير الدقيق أيضًا في الثالث غير مقصودة في نفسها.

(و) الثالث: أن يكون (لَمْ تَدْخُلْهُ النَّارُ)^(٢) لِإِحَالَتِهِ بأن تؤثر فيه تأثيرًا لا ينضبط، فلا يصح في خبز ولا مطبوخ ولا مشوي ولا مقلي؛ لاختلاف الغرض باختلاف تأثيرها وتعذر الضبط، ويصح في المآورد ونحو العسل المصفي بالنار والشمع والأجر والقند^(٣) والخزف والفحم؛ للطافة نار المذكورات وانضباطها، وكذا السكر والفانيذ والدبس واللّب كما مال إلى ترجيح في «الروضة»^(٤)، وصرّح به في «تصحيح التنبيه»، لكن كلام الرافعي^(٥) يميل إلى المنع كما في الرّبا، وجرّم به في «الأنوار»^(٦) واعتمده الإسوي^(٧).

قال شيخ مشايخنا: ويؤيد الأول صحة السلم في الأجر كما صحّحه الشّبخان، وعليه يفرّق بين البابين^(٨) بضيق باب الرّبا^(٩). انتهى.

نعم الأجر الذي لم يكمل نضجه واحمرّ بعضه واصفرّ بعضه يمتنع السلم فيه كما نقله المآزدي عن أصحابنا. قال الشّبيكي: وهو الظاهر لاختلافه. قال

(١) في (ج)، (ن): «الملح».

(٢) في (ش)، (ك): «نار».

(٣) القند: ما يُعمل منه السكر. «المصباح المنير» (٢/٥١٧).

(٤) «روضة الطالبين» (٣/٣٩٢).

(٥) «الشرح الكبير» (٤/٤١٧).

(٦) «الأنوار» (١/٥٠٣).

(٧) «المهمات» (٥/٣٠٣).

(٨) أي: باب الرّبا والسلم.

(٩) «أسنى المطالب» (٢/١٣٤).

الأذرعي: والظاهر جوازُه في المسموط؛ لأن النار لا تعمل فيه عملاً له تأثير^(١).
وصرح الإمام بجواز بيع الماء المغلي بمثله، وقياسه جواز السلم فيه بالأولى.
وخرج بالنار: ما دخلته الشمس، فلا إشكال في صحة السلم فيه.

(و) الرابع والخامس: (الآ^(٢)) يَكُونُ مُعَيَّنًا، وَلَا مِنْ مُعَيَّنٍ) فلا يصح السلم في ثمرة هذا البستان ولا في قدر كذا من ثمرة للغر؛ لأنه قد ينقطع فلا يحصل منه شيء، نعم لو كان من معين يؤمن انقطاعه كثمر^(٣) ناحية كثير صَحَّ السلم فيه وإن لم يُقدَّ تنوعاً؛ لأنه لا ينقطع غالباً.

(ثم) للترتيب الإخباري (لصحة السلم فيه) أي: فيما تكامل فيه الشرائط المذكورة (ثمانية^(٤)) شرائط) والفرق بينها وبين الخمسة السابقة كما دل عليه صيغته أن المعتبر في هذه وجودها في العقد إلا السابع ففي حريمه، والمعتبر في تلك وجودها في المعقود عليه في الواقع.

(وهو) أي: مجموع الثمانية:

الأول منه: (أن يصفه بحد) أي: مع (ذكر جنسه) كالتمر والبُر والإبل والرقيق والفطن والكتان في الثياب، (ونوعه) كالبرني من التمر، والسمراء من البُر، والمهرية من الإبل، والتركي والحبشي من الرقيق، وقد يغني ذكر النوع كالضأن والمعر عن ذكر الجنس كالغنم، ولو اختلف صنف النوع^(٥) وجب ذكره كخطابي أو رومي، ولو تبين النوع بالإضافة إلى قوم أو بلد كيتاج بني فلان أغنت بالإضافة إليهم إن لم يعز وجوده بأن كثر نتاجهم، وإلا لم يصح.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٤).

(٢) في (ج): «أن».

(٣) في (ح): «ثمان».

(٤) في (ك، هـ): «كثيرة».

(٥) في (ش)، (ك): «النوع كالضأن».

(بِالصِّفَاتِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الثَّمَنُ) مِمَّا يَغْلِبُ قَضْدُهُ وَلَا يَدُلُّ الْأَصْلُ عَلَى عَدَمِهِ، وَلَا يُؤَدِّي إِلَى عَزَّةِ الْوُجُودِ؛ كَلَوْنِ كُلِّ مِنَ الثَّمَرِ وَالْبَرِّ كَأَحْمَرَ أَوْ أَبْيَضَ، وَكَبِيرَ حَبَاتِهِ أَوْ صَغِيرَهَا، وَبَلَدِهِ كَمَكِّيٍّ أَوْ مَدَنِيٍّ، أَوْ عَتَقَهُ، أَوْ حَدَّثَتْهُ، وَكَوْنِ الْجَفَافِ عَلَى النَّخْلِ أَوْ بَعْدَ الْجُذَاذِ، فَإِنَّ الْأَوَّلَ أَهَيَّ وَالثَّانِي أَضْفَى قَالَه الْمَاوَرِدِيُّ^(١).

قال الشُّبْكِيُّ: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُبَيِّنَ عَتِيقَ عَامٍ أَوْ عَامَيْنِ، فَإِنْ أَطْلَقَ فَالْنَّصُّ الْجَوَازُ، وَيَنْزِلُ عَلَى مُسَمًّى الْعَتِيقِ^(٢).

وَكَاللَّوْنِ فِي الْإِبِلِ كَأَحْمَرَ أَوْ أَسْوَدَ، وَذُكُورِيهَا أَوْ أُنْثَوِيهَا وَسُنْهَا كَابِنٍ مَخَاضٍ أَوْ ابْنٍ لَبُونٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْقَدْرِ عَلَى مَا نَقَلَهُ الرَّافِعِيُّ^(٣) عَنِ اتِّفَاقِ الْأَصْحَابِ وَإِنْ خُولِفَ فِيهِ.

وَكَاللَّوْنِ فِي الرَّقِيقِ كَأَبْيَضَ أَوْ أَسْوَدَ مَعَ وَضْفٍ بَيَاضِهِ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ، وَسَوَادِهِ بِصَفَاءٍ أَوْ كُدْرَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَلِفِ اللَّوْنُ كَزَنْجِيٍّ لَمْ يَحْتَجْ لَوْضْفِهِ وَذُكُورَتِهِ أَوْ أُنْثَوِيَّتِهِ^(٤) وَقَدْرَهُ طَوْلًا أَوْ قَصْرًا أَوْ رِبْعَةً، وَسَنَّهُ كَابِنٍ سِتٍّ أَوْ سَبْعٍ أَوْ مُحْتَلِمٍ. قال الْأَذْرَعِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَوَّلَ عَامٍ الْإِحْتِلَامِ أَوْ وَقْتِهِ، وَإِلَّا فَابْنُ عَشْرِينَ سَنَةً مُحْتَلِمٌ^(٥). انْتَهَى.

وَيُحْمَلُ عَلَى التَّقْرِيبِ، فَإِنْ شَرَطَ تَحْدِيدَهُ كَابِنٍ سِتٍّ بِلَا زِيَادَةٍ وَلَا نَقْصَانٍ لَمْ يَجْزَ لِنُدْرَتِهِ، وَيُصَدَّقُ الرَّقِيقُ فِي إِحْتِلَامِهِ، وَالرَّقِيقُ الْبَالِغُ فِي سِنِّهِ، وَالسَّيِّدُ الْبَالِغُ فِي سِنِّ صَغِيرٍ عَلَيْهِ.

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/١٣٥).

(٤) زاد في (ج)، (ك)، «والثبوتية أو البكارة في الأمة».

(١) «الحاوي الكبير» (٥/٣٩١).

(٣) «الشرح الكبير» (٤/٤٢٢).

(٥) «قوت المحتاج» (٢/٣٨٣).

قال شيخ مشايخنا: وظاهر أن محلَّ تصديقهما إذا كانا مسلمين عاقلين^(١).
انتهى.

وهو شامل لمسألة الاحتلام، وهو محتمل، فإن لم يبلغ الرقيق ولا علم
السيد سنه رجع إلى قول الدالين بظنونهم.

وكبلد نسج الثياب إن اختلف به الغرض وطولها وعرضها، ودقة غزلها
أو غلظها، وصفاقة نسجها أو رقتها، ونعومتها أو خشونتها، ولا يجب شرط
المقصور أو الخام، فإن أطلق حُمِلَ على الخام، فإن أحضر المقصور كان
أولى، قاله الشيخ أبو حامد، وقضيته وجوب قبوله^(٢).

قال الشبكي^(٣) وغيره: إلا أن يختلف الغرض به فلا يجب قبوله.

ولا يجوز أن يذكر نسج رجل بعينه إلا أن يُضاف إليه إضافة تعريف من غير
إرادة نسجه فيجوز، قاله الماوردي.

بخلاف الصفات التي لا يختلف بها الثمن؛ ككون جذاذ الثمرة، أو حصاد
البر من بني فلان، والصفات التي لا يغلب قضاها، وهي ما يتسامح الناس
بإهمالها غالباً ويعدون ذكرها استقصاءً ومبالغةً؛ كالملاحية، ويسمى الجارية،
والصفات التي يدلُّ الأصل على عديمها؛ ككون الرقيق قويا على العمل، أو
كاتباً، فلا يجب ذكرها، والصفات التي تؤدي إلى عزة الوجود؛ كوصف كل
عضو على حياله بأوصافه المقصودة، فلا يجوز ذكرها.

(و) الثاني: (أن تذكر قدره بما) أي: بوجه (يتفسي الجهالة) أي: جهل

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٦).

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ١٣١).

(٣) يطر. «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٦).

الْمُتَعَاقِدِينَ بِهِ (عَنْهُ) كَالْكَيْلِ فِي الْمَكِيلِ، وَالْوَزْنِ فِي الْمَوْزُونِ، وَالذَّرْعِ فِي الْمَذْرُوعِ، وَالْعَدِّ فِي الْمَعْدُودِ.

نَعَمْ يَجُوزُ وَزْنُ الْمَكِيلِ، وَكَيْلُ الْمَوْزُونِ، كَذَا أَطْلَقَهُ الْأَصْحَابُ، وَحَمَلَهُ الْإِمَامُ عَلَى مَا يُعَدُّ الْكَيْلُ فِي مِثْلِهِ ضَابِطًا فِيهِ، بِخِلَافِ نَحْوِ قُتَاتِ الْمِسْكِ وَالْعَنْبَرِ؛ لِأَنَّ لِلْقَدْرِ الْيَسِيرِ مِنْهُ مَالِيَّةً كَبِيرَةً، وَالْكَيْلُ لَا يُعَدُّ ضَابِطًا فِيهِ حِكَاةً عَنْهُ الرَّافِعِيُّ^(١) وَأَقْرَبُهُ، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهُ يَجُوزُ السَّلَمُ فِي اللَّالِئِ الصَّغَارِ إِذَا عَمَّ وَجُودُهَا كَيْلًا وَوَزْنًا.

قَالَ فِي «الرَّوْضَةِ»: هَذَا مُخَالَفٌ لِمَا تَقَدَّمَ عَنِ الْإِمَامِ فَكَأَنَّهُ اخْتَارَ هُنَا مَا تَقَدَّمَ مِنْ إِبْطَاقِ الْأَصْحَابِ^(٢).

وَمَنْعَ الْبُلْقِينِيِّ الْمُخَالَفَةَ؛ لِأَنَّ نَحْوَ قُتَاتِ الْمِسْكِ وَالْعَنْبَرِ إِنَّمَا لَمْ يُعَدَّ الْكَيْلُ فِيهِ ضَبْطًا^(٣) لِكثَرَةِ التَّفَاوُتِ بِالثَّقَلِ عَلَى الْمَحَلِّ أَوْ تَرْكِهِ^(٤)، وَفِي اللَّوْلُو لَا يَحْصُلُ بِذَلِكَ تَفَاوُتٌ كَالْقَمَحِ وَالْقَوْلِ، وَجَزَمَ النَّوَوِيُّ فِي «تَصْحِيحِهِ» بِمَا قَالَهُ الْإِمَامُ، وَاسْتَشْنَى الْجُرْجَانِيَّ وَغَيْرَهُ النَّقْدِيْنَ أَيْضًا فَلَا يُسَلَّمُ فِيهِمَا إِلَّا وَزْنًا^(٥).

وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ؛ كَمِثَّةٍ صَاعٍ حِنْطَةٍ عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا، وَلَا بَيْنَ الذَّرْعِ وَالْوَزْنِ فِي ثَوْبٍ مَوْصُوفٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى عَزَّةِ الْوُجُودِ، وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مَعْدُودٍ مَذْرُوعٍ^(٦) كَبُسْطٍ اعْتَبِرَ مَعَ الْعَدِّ الذَّرْعُ كَمَا هُوَ مَعْلُومٌ، وَمَا لَا يَتَأْتَى ضَبْطُهُ بِالْكَيْلِ وَلَا بِالْعَدِّ كَالْبَطِيخِ وَالرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ وَالْبُقُولِ وَنَحْوِهَا مِمَّا يَتَجَافَى فِي الْمَكْيَالِ وَيَكْتَثُرُ التَّفَاوُتُ فِيهِ يَتَعَيَّنُ فِيهِ الْوَزْنُ وَحْدَهُ، فَلَا يَجُوزُ صَمُّ الْعَدِّ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ مَعَهُ إِلَى ذِكْرِ الْحَجْمِ، وَذَلِكَ يُورِثُ عَزَّةَ الْوُجُودِ.

(١) الشرح الكبير (٤/٤٠٥).

(٢) «روضة الطالبيين» (٤/١٧).

(٣) في (ج)، (ن): «صاطًا».

(٤) في (ح). «تراكمه».

(٥) ينظر: «أسى المطالب» (٢/١٢٩).

(٦) في (ن): «ومذروع».

والكلام في الوزن لكل واحدة، أما لو أسلم في عدد من البطح مثلاً كمية بالوزن في الجميع دون كل واحدة فيجوز اتفاقاً كما قاله الشبكي وغيره، وفيه نظر؛ لأنه يؤدي إلى عزة الوجود وإن لم يعتبر ذكر الشكل^(١) والوزن على هذا التقدير أيضاً، ولعل الأوجه المنع كما هو قضية إطلاقهم.

ويشترط في اللبن ذكر عده وطول كل لبنة وعرضها وتخانتها، وأنه من طين معروف، ويسن ذكر وزن كل لبنة؛ لأنها تضرب بالاختيار ولا يعز وجودها، والأمر في وزنها على التقريب، ولو عيّن مكيالاً أو نحوه، فإن لم يكن معتاداً فسد العقد للغرر، فإنه قد يتلف قبل قبض ما في الذمة، فيؤدي إلى التنازع، بخلاف ما لو قال: «بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة» فإنه يصح؛ لعدم الغرر، وإن كان معتاداً صح العقد ولغا التعيين.

(و) الثالث: أنه (إن كان مؤجلاً ذكر) العاقد (وقت محله) بكسر الحاء أي: حلوله بحيث يكون معلوماً لهما كـ «إلى العيد» أو «ربيع»، ويحمل على ما يليه من العيدين أو الربيعين، فيحل بأول جزء منه، فإن ذكر وقتاً مجهولاً كـ «إلى الحصاد» أو «قدوم الحاج» لم يصح، وكذا لو قال: «يحل في يوم الجمعة» أو «في رمضان» أو «إلى أول رمضان» أو «آخره» على ما نقله الشَّيْخَانِ في الثالثة والرابعة عن الأصحاب، ثم نقلاً عن الإمام والْبَغَوِيِّ أنه ينبغي أن يصح ويحمل على الجزء الأول من كل نصف كما في التفرير^(٢).

قال في «الشرح الصغير»: وهو الأقوى.

(١) في (ن): «الكيل»

(٢) «المجموع شرح المذهب» (١٣٨/١٣).

واعتمده جمعٌ من أكابر المتأخرين منهم الشُّبْكِيُّ والإِسْنَوِيُّ^(١)، ونقلوه عن النَّصِّ وجمعٍ من الأصحاب.

(و) الرَّابِعُ: (أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا) بحيثُ يتأتَّى تسليمُهُ بالصُّفَةِ المَعْتَبَرَةِ ولو بِمَحَلٍّ آخَرَ اعْتِيدَ نَقْلُهُ منه لِلْبَيْعِ بِمَحَلِّ التَّسْلِيمِ (عِنْدَ الْاِسْتِحْقَاقِ) لِلتَّسْلِيمِ، وذلك في السَّلَمِ الحَالِّ بالعَقْدِ، وفي المُؤَجَّلِ بِحُلُولِ الأَجَلِ (غَايَةً) فلو أُسْلِمَ في منقطعٍ عِنْدَ الاستحقاقِ كالرُّطْبِ في الشِّتَاءِ، أو فيما لا يوجدُ عِنْدَ الاستحقاقِ إِلَّا نادراً؛ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بموضعٍ أو وقتِ العِزَّةِ، وكاللَّائِي الكِبَارِ لندرتها باستقصاءٍ أو صافِها مِن ذَكَرٍ حَجْمٍ وشَكْلٍ ووزنٍ وصفاءٍ، وكأَمَةِ ونحوٍ ولِدها لندرةِ اجتماعِهما بالصُّفَاتِ المُعْتَبَرَةِ، أو فيما لم^(٢) يُعْتَدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ بِمَحَلِّ التَّسْلِيمِ بَأَن كان نَقْلُهُ إليه نادراً، أو لغيرِ البَيْعِ كالهديةِ، أو لم يُنْقَلْ أصلاً لم يَصَحَّ.

وأفهمَ كلامُهُ أَنَّهُ لا يكفي الوجودُ إذا لم يَنْتَه إلى حَدِّ الغَلَبَةِ وإن كان كثيراً. وخرَجَ بتقييدِ اللَّائِي بالكِبَارِ وهي ما يُطَلَّبُ للتَّزْيِينِ: الصَّغَارُ، وهي ما تُطَلَّبُ للتَّداوِي، فيجوزُ السَّلَمُ فيها كَيْلاً ووزناً إذا عَمَّ وجودُها كما عَلِمَ ممَّا سَبَقَ.

ويجوزُ السَّلَمُ في البَلُورِ بخلافِ العَقِيقِ؛ لاختلافِ أحجارِهِ، قاله المَاوَرِدِيُّ^(٣)، فلو كان ممَّا يوجدُ عِنْدَ الاستحقاقِ غالباً لكن عَرَضَ انقطاعُهُ وقتَ الحُلُولِ لم يَنْفِسخِ العَقْدُ، بخلافِ تلفِ المَبِيعِ؛ لأنَّ المُسَلَّمَ فيه يَتَعَلَّقُ بِالذَّمَّةِ، ويتخَيَّرُ المُسَلِّمُ على التَّرَاخِي بَيْنَ الفَسْخِ والصَّبْرِ حتَّى يُوَجِدَهُ، فإنَّ أَجَازَ ثُمَّ بَدَأَ له الفَسْخُ فَلَهُ ذَلِكَ، ولو أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الفَسْخِ لم يَسْقُطْ، ولو عَلِمَ قَبْلَ الحُلُولِ الانقِطَاعَ عِنْدَهُ فلا خِيَارَ في الحالِ؛ إذ لم يَجِئْ وقتُ وجوبِ التَّسْلِيمِ.

(٢) في (ج). ١٠٧١.

(١) المهمات ١ (٥/٢٩٢).

(٣) الحاوي الكبير ١ (٥/٤٠٦).

(و) الخامس: (أن يذكر موضع قبضه) إن كان مؤجلاً وكان لحمله مؤنة، أو كان موضع العقد لا يصلح للقبض لتفاوت الأغراض فيما يراود من الأمكنة في ذلك، فإن لم يكن لحمله مؤنة وكان موضع العقد صالحاً للقبض لم يشترط ذلك، ويتعين موضع العقد للقبض للعرف، فإن كان حالاً لم يشترط ثم ذكر موضع قبضه، ويتعين موضع العقد له، وإن كان لحمله مؤنة ولم يصلح موضع العقد للقبض على ما اقتضاه كلام الشيخين^(١) للعرف، لكن قال ابن الرفعة^(٢) فيما إذا لم يصلح موضع العقد للقبض: الظاهر أنه يشترط التعيين، وهو ظاهر كلام الأئمة. انتهى.

فإن عينا غيره جاز وتعين بخلاف المبيع المعين، والفرق أن السلم يقبل التأجيل فقبل شرطاً يتضمن تأخير قبضه بخلاف البيع^(٣)، ومن هنا كان الثمن في الذمة كالمسلم فيه، والثمن المعين كالمبيع المعين.

وقال في «التتمّة»: كل عوض كأجرة وصدّاق وعوض خلع ملتزم في الذمة غير مؤجل حكمه كالسلم الحال، فإن ذكر موضع قبضه جاز وتعين، وإلا تعين موضع العقد؛ لأنه يقبل التأجيل كالمسلم فيه، ويكفي في ذكر موضع القبض أن يقول: «تسلمه لي في بلد كذا» إلا أن تكون كبيرة كبغداد والبصرة، ويكفي إحضاره في أولها، ولا يكلف إحضاره إلى منزله، ولو خرج المعين عن الصلاحية تعين أقرب موضع صالح إليه، والمراد بموضع العقد: تلك المحلّة، لا نفس موضع العقد.

(١) «الشرح الكبير» (٤/٤٢٧)، و«المجموع شرح المذهب» (١٣/١٤٣).

(٢) «كفاية النبيه في شرح النبيه» (٩/٣٥٣).

(٣) في (ج) «المبيع».

(و) السَّادُسُ: (أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ) وهو رأس المالِ (مَعْلُومًا) برويِّته إن كان معيَّنًا، ومعرفة قدره وجنسه وصفته إن كان في الذمَّة؛ كالثمن في المبيع.

(و) السَّابِعُ: (أَنْ يَتَقَابَضَا) أي: رأس المالِ (قَبْلَ التَّفَرُّقِ) من مجلسِ العقدِ بأن يسَلِّمَهُ المُسَلِّمُ ويتسلمه المُسَلَّمُ إليه، فعبَّرَ عن ذلك بالتَّقابُضِ تسامُحًا مع ظهور المراد.

لا يقال ظاهرُ كلامه أن المراد قبْضُ المُسَلِّمِ إليه رأس المالِ، وقبْضُ المُسَلِّمِ المُسَلَّمِ فيه، وهو غيرُ صحيح؛ لأنَّا نقول: هذا الظاهرُ غيرُ مرادٍ بقريضةٍ سياقه؛ كقوله: «وأن يذكر موضع قبْضه» فلا إشكال.

نعم قضية كلامه باعتبار ما فسَّرَ به اعتبار الإقباضِ من المُسَلِّمِ حتَّى لا يكفي استبدادُ المُسَلِّمِ إليه بالقبْضِ بغير اختياره، وارتضاء بعض المتأخرين أخذًا من تعبير الشيخين وغيرهما بالإقباضِ، لكن الظاهرُ خلافه كما في الرُّبَا بل أولى.

والتَّعبيرُ بالإقباضِ جَرَى على الغالبِ، فلو تفرَّقَا قَبْلَ القَبْضِ فَسَدَ العَقْدُ، وكذا لو تخايرَا قَبْلَهُ أو بعدَ قبْضِ البعضِ أو بعدَ قبْضِ جميعه، ثُمَّ إيداعه عند المُسَلِّمِ جاز، وكذا بعدَ قبْضه ثُمَّ ردُّه إليه عن دين، كما يُؤخَذُ من كلام الشيخين في بابِ الرُّبَا، وإن نقلَّا هنا عن الرويَّانِي وأقرَّاه خلافه.

ولو أسلَمَ إليه ما في ذمَّته، أو صالَحَ عن رأسِ المالِ لم يصحَّ، وكذا لو أُحيلَ برأسِ المالِ أو عليه، نعم إن قبَضَهُ المُسَلِّمُ من المُحالِ عليه أو من المُسَلِّمِ إليه بعدَ قبْضه بإذنه وسَلَّمَهُ إليه في المَجْلِسِ في الأولى، أو أمرَ المُسَلَّمُ إليه المُسَلِّمُ بالتَّسليمِ إلى المُحتالِ ففعلَ في المَجْلِسِ في الثَّانِيَةِ صحَّ، والحوالةُ فاسدةٌ بكلِّ تقدير، ولو كان رأسُ المالِ منفعةً فقبَضَها بقبْضِ العَيْنِ، وإن كان المُعتَبَرُ هنا القَبْضُ الحَقِيقِيُّ؛ لأنَّه المُمكنُ في قبْضها.

(و) الثَّامِنُ: (أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ نَاجِزًا) أي: (لَا يَدْخُلُهُ خِيَارُ الشَّرْطِ) بخلافِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ، فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ خِيَارٌ لَمْ يَصَحَّ، وَلَا بَدَّ مِنْ حُلُولِ رَأْسِ الْمَالِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ، وَلَا يُغْنِي عَنْهُ شَرْطُ تَسْلِيمِهِ فِي الْمَجْلِسِ كَمَا لَا يَخْفَى.



(فَصْلٌ)

فِي الرِّهْنِ

وهو لغة: الثُّبُوتُ، وشرعاً: جعلُ عينِ مالِيَّةٍ وثيقةً بَدَينَ لِيُسْتَوْفَى منها عندُ تعذُّرٍ وفائِهِ، ويُطْلَقُ بِمَعْنَى الْعَيْنِ الْمَذْكُورَةِ.

(وَكُلُّ مَا) أَي: شَيْءٍ مِنَ الْأَعْيَانِ (جَازَ بَيْعُهُ جَازَ رَهْنُهُ) وَكُلُّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا يَجُوزُ رَهْنُهُ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْبَيْعَ لَا سِتِفَاءَ الدَّيْنِ، وَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ يَتَعَذَّرُ فِيهِ ذَلِكَ، فَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُرتَدِّ وَالْمُحَارِبِ وَالْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ قِصَاصٌ، أَوْ بِلَذْمَتِهِ^(١) لَا رَقَبَتَهُ مَالٌ.

وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمَكَاتِبِ وَالْمَوْقُوفِ وَالْمَرْهُونِ وَالْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَقَدْ يَجُوزُ الْبَيْعُ دُونَ الرِّهْنِ؛ كَالْمُدَبَّرِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا، وَالْمُتَعَلِّقِ عَتَقَهُ بِصَفْوَةٍ لَمْ يُعْلَمْ حُلُولُ الدَّيْنِ قَبْلَهَا، وَلَمْ يُشْرَطْ بَيْعُهُ قَبْلَ وَجُودِ الصَّفْوَةِ، وَمَا يَسْرَعُ فُسَادُهُ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ تَجْفِيفُهُ، وَكَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا لَا يَحْتَمِلُ حُلُولَهُ قَبْلَ فُسَادِهِ، وَلَمْ يَشْرَطْ بَيْعُهُ عِنْدَ خَوْفِ فُسَادِهِ، وَجَعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا.

وَقَدْ يَجُوزُ الرِّهْنُ دُونَ الْبَيْعِ؛ كَرَهْنِ مُصْحَفٍ، وَرَقِيقٍ مُسْلِمٍ مِنْ كَافِرٍ، وَسِلَاحٍ مِنْ حَرْبِيٍّ، لَكِنْ لَا تُوَضَّعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ بَلْ عِنْدَ عَدْلٍ، وَكَرَهْنِ الْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا الَّذِي لَا يُحْيِزُ، وَرَهْنِ وَلَدِهَا دُونَهَا، لَكِنْ لَا يُبَاعُ الْمَرْهُونُ وَحْدَهُ عِنْدَ الْحَاجَةِ؛ حَذَرًا مِنَ التَّفْرِيقِ^(٢) بَلْ يُبَاعَانِ مَعًا، وَيَقُومُ الْمَرْهُونُ مِنْهَا^(٣) وَحْدَهُ مَعَ مِلَاحَظَةِ كَوْنِهِ حَاضِنًا أَوْ مُحْضُونًا، ثُمَّ يَقُومُ مَعَ الْآخَرِ، فَالزَّائِدُ قِيَمَةُ الْآخَرِ،

(٢) فِي (ع): «التفريق».

(١) فِي (ج): «بذمة».

(٣) فِي (ج): «مهما».

وَيُوزَعُ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا بِتِلْكَ النَّسَبَةِ، فَمَا خَصَّ الْمَرْهُونَ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ؛ وَكَرِهِنِ الْمُسْتَعَارِ لَرَهْنِهِ مَعَ امْتِنَاعِ بَيْعِ الْمُسْتَعَارِ وَلَوْ لِبَيْعِهِ كَمَا هُوَ مَعْلُومٌ.

فَالْمُرَادُ بِجَوَازِ الرَّهْنِ وَعَدَمُ جَوَازِهِ فِي الضَّابِطِ الْجَوَازِ وَعَدَمُهُ فِي الْجَمْلَةِ، أَوْ بِالنَّظَرِ لِدَاتِ الْعَيْنِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنِ الْعَوَارِضِ الْمَخْتَلِفِ مَدْرَكُهَا بِحَسَبِ الْبَابَيْنِ.

وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ غَيْرِ الْأَعْيَانِ كَالْمَنَافِعِ وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَنَلَّفَ كُلُّهَا أَوْ بَعْضُهَا فَلَا يَحْصُلُ بِهَا تَوْثُقٌ، وَكَالدَّيُونِ وَإِنْ صَحَّحْنَا بَيْعَهَا لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِهَا.

وَالْكَلَامُ فِي الْإِبْتِدَاءِ فَلَا يُنَافِي صِحَّةَ رَهْنِهَا فِي الْأَثْنَاءِ عَلَى وَجْهِ التَّبَعِيَّةِ كَمَا لَوْ جَنَى الْمَرْهُونُ فَفَدَاهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ لِيَكُونَ رَهْنًا بِالْأَعْيَانِ وَالْفِدَاءِ، أَوْ أَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ عَلَيْهِ بِشَرْطِهِ لِيَكُونَ رَهْنًا بِالْأَعْيَانِ وَالتَّفَقُّعِ، وَكَمَا لَوْ جَنَى عَلَى الْمَرْهُونِ، فَإِنَّ بَدْلَهُ فِي ذِمَّةِ الْجَانِي مُحْكَمٌ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ رَهْنٌ؛ لِامْتِنَاعِ الْإِبْرَاءِ مِنْهُ، فَتَأَمَّلْ.

وَأَمَّا يَجُوزُ رَهْنُ مَا جَازَ بَيْعُهُ كَمَا تَقَرَّرَ (فِي الدَّيُونِ) أَيِ: عَلَيْهَا، فَلَا يَجُوزُ رَهْنُهُ بِالْأَعْيَانِ وَلَا بِمَنَافِعِهَا وَلَوْ مَضْمُونَةً كَالْمَغْصُوبَةِ وَالْمَبِيعَةِ وَالْمُعَارَاةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِ الْمَرْهُونِ، وَذَلِكَ مُخَالَفٌ لِعَرَضِ الرَّهْنِ عِنْدَ الْبَيْعِ، وَدَخَلَ فِي الدَّيُونِ الْمَنَافِعُ، فَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا.

وَأَمَّا يَجُوزُ فِي الدَّيُونِ (إِذَا اسْتَقَرَّ ثُبُوتُهَا) أَيِ: وَجُودُهَا (فِي الذَّمَّةِ) بَأَن تَكُونَ لَازِمَةً وَلَوْ مَالًا؛ كَالْقَرْضِ بَعْدَ قَبْضِهِ^(١)، وَالثَّمَنِ بَعْدَ لَزُومِ الْبَيْعِ أَوْ قَبْلَهُ، وَالْأَجْرَةِ قَبْلَ الْإِنْتِفَاعِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ، وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَالْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذَّمَّةِ،

وَالزَّكَاءَ بَعْدَ تَلْفِ الْمَالِ بَعْدَ الْحَوْلِ وَالتَّمَكُّنِ، فَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ عَلَى غَيْرِ الثَّابِتِ
كَذَيْنِ الْقَرْضِ قَبْلَ عَقْدِهِ، وَلَا عَلَى غَيْرِ اللَّازِمِ كَتُجُومِ الْكِتَابِيَّةِ، وَجَعْلِ الْجِعَالَةِ
قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ.

وَقَدْ يُؤْخَذُ مِنْ ذَلِكَ عَدَمُ جَوَازِ الرَّهْنِ عَلَى ذَيْنِ الْقَرْضِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ
الْقَبْضِ؛ لِعَدَمِ مِلْكِهِ بَعْدُ، وَتَوَقُّفِ مِلْكِهِ عَلَى أَمْرِ آخَرَ، وَهُوَ الْقَبْضُ، فَكَيْفَ
يَكُونُ ثَابِتًا لِزَمَانٍ وَلَوْ مَالًا، وَيُؤَيِّدُهُ عَدَمُ جَوَازِ الرَّهْنِ بِالْثَمَنِ فِي زَمَنِ خِيَارِ الْبَائِعِ
فَقَطْ لِعَدَمِ مِلْكِهِ، وَلَا يُنَافِي ذَلِكَ الْجَوَازُ فِي مَسْأَلَةِ الْمَرْجِ لاعتقادهم^(١) ثُبُوتِ
الذَّيْنِ فِيهَا كَمَا صَرَّحُوا بِهِ، وَكَأَنَّ الْمُصَنِّفَ إِنَّمَا زَادَ لَفْظَ الثُّبُوتِ؛ نَظَرًا لِمَا قَالَهُ
الْإِسْنَوِيُّ^(٢) وَغَيْرُهُ مِنْ أَنَّهُ لَا يَغْنِي عَنِ الثَّابِتِ اللَّازِمُ؛ لِأَنَّ الثُّبُوتَ مَعْنَاهُ الْوُجُودُ
فِي الْحَالِ، وَاللُّزُومُ وَعَدَمُهُ صِفَةٌ لِلذَّيْنِ فِي نَفْسِهِ لَا يَتَوَقَّفُ صَدْقُهُ عَلَى وُجُودِ
الذَّيْنِ، كَمَا يُقَالُ: ذَيْنُ الْقَرْضِ لَازِمٌ، وَذَيْنُ الْكِتَابَةِ غَيْرُ لَازِمٍ، فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى
الذَّيْنِ اللَّازِمِ لَوَرَدَ عَلَيْهِ مَا سَيَقْرِضُهُ وَنَحْوُهُ مِمَّا لَمْ يَثْبُتْ^(٣). انْتَهَى.

لَكِنْ لِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: مَا ذَكَرَهُ مُسَلِّمٌ بِحَسَبِ الْمَفْهُومِ دُونَ الْأَفْرَادِ الَّتِي الْكَلَامُ
فِيهَا؛ إِذْ لَا مَعْنَى لِلذَّيْنِ إِلَّا مَا تَرْتَّبَ فِي الذَّمَّةِ، وَلَا لِلزُّوْمِ إِلَّا وَجُوبُ الْخُرُوجِ
عَنْ عَهْدَتِهِ بِشَرْطِهِ، فَلَا يَصْدُقُ الذَّيْنُ وَلَا اللَّازِمُ عَلَى غَيْرِ الْمَوْجُودِ، فَلْيُتَأَمَّلْ.
وَيُشْتَرَطُ أَيْضًا أَنْ تَكُونَ الدِّيُونُ مَعْلُومَةً لَهَا قَدْرًا وَصِفَةً، فَلَوْ جَهَلَهَا أَوْ
أَحَدُهَا لَمْ يَصِحَّ، ذَكَرَهُ الْمُتَوَلَّى وَغَيْرُهُ، وَنَصَّ «الْأَمُّ»^(٤) يَشْهَدُ لَهُ.

(وَلِلرَّاهِنِ) الْمَالِكِ، وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالْإِذْنِ، وَالْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ كَمَا هُوَ مَعْلُومٌ
(الرُّجُوعُ فِيهِ) أَيِ: فِي الرَّهْنِ بِفَسْخِهِ، أَوْ فِي الْمَرْهُونِ بِفَسْخِ عَقْدِ الرَّهْنِ، وَلَوْ

(١) فِي (ج): «لَا عِتْقَ لَهُمْ».

(٢) «الْمَهْمَات» (٥/٣٢٩).

(٣) يَنْظُرُ «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/١٥١).

(٤) «الْأَمُّ» (٤/٣٢٠).

بما يتضمَّنُ الفسخ؛ كتصرف يزيلُ المِلْكَ من نحو بيع وإعتاق وإصداق وهبة ورهن مقبوضين، وكإحبال وكتابة وتدبير وهبة ورهن غير مقبوضين، كما نقله الشُّبْكِيُّ وغيره عن النَّصِّ والأصحاب واعتمدوه، ولا يُنافيه تقييدُ الشَّيْخَيْنِ بالمقبوضين؛ لأنَّ غرضهما تمثيلُ ما يزيلُ المِلْكَ حقيقةً أو حكماً، ولا يكونُ بغيرِ المقبوض أو مُجرَّدِ التَّصَوُّيرِ دونَ الاحتراز.

وقضية ذلك جواز رهنه من المُرْتَهِنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِدَيْنٍ آخَرَ، فيلزمُ الثاني بالقَبْضِ، ويبطلُ الأوَّلُ وهو ظاهر؛ إذ لا فرق بين المُرْتَهِنِ وغيره في ذلك، لا بنحو الوطء والتزويج وإباق المَرهون وإجارته، وإن حلَّ الدَّيْنُ قَبْلَ انقضاءها، وموتِ العاقدَيْنِ وجُنُونِهما وإغمائيهما، فيقومُ في المَوْتِ ورثةُ الرَّاهِنِ والمُرْتَهِنِ مقامهما في الإقباضِ والقَبْضِ، وفي غيره مَن ينظرُ في أمرِ المَجْنُونِ والمُغْمَى عليه. وقضية ذلك أنَّ الوارثَ يقومُ مقامَ الرَّاهِنِ في الإقباضِ، وإن كان على التَّركَةِ دَيْنٌ حَقٌّ فيَقْدَمُ المُرْتَهِنُ على بَقِيَّةِ الغُرماءِ.

ووجهه أنَّه وجدَّ سببُ التَّخْصِيصِ قَبْلَ سببِ تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بالتَّركَةِ، والوارثُ خليفةُ المُوَرِّثِ، ويُوافقه ما لو حَجَرَ بَقْلَسٍ قَبْلَ الْقَبْضِ، فإنَّه لا يكونُ رُجوعاً مع تَعَلُّقِ حقوقِ الغُرماءِ بماله، لكن خالفَ البُلْقِينِيُّ فقال: إذا كان هناك دَيْنٌ لم يُقَدِّمِ المُرْتَهِنُ به وإن أقبضه الوارثُ؛ لتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرماءِ بجميعِ التَّركَةِ بالمَوْتِ، وليس للوارثِ التَّخْصِيصُ، وفي إقباضه تخصيصٌ. انتهى.

ولمَّا يجوزُ الرُّجوعُ فيه (مَا) دَامَ (لَمْ يُقْبِضْ) بِضَمِّ أَوَّلِهِ أَي: الرَّهْنُ بمعنى المَرهونِ، للمُرْتَهِنِ بتسليمه له عن جهةِ الرَّهْنِ، فإنَّ أطلاقَ فوجهاينِ: أحدهما: نَعَمْ كدفعِ المَبِيعِ. والثَّاني: لا، بل هو ودِيعَةٌ؛ لأنَّ تسليمَ المَبِيعِ واجبٌ بخلافِ المَرهونِ.

أو تسليم المُرتهن له مع إذنه له في قبضه عن جهة الرهن، فإن أطلق لم يبعد جريان الوجهين المذكورين، وسواء في كلٍّ من التسليم والتسليم أكان بنفسه أم نائبه، لكن يمتنع على المُرتهن إنابة من له الإقباض، ورقيقه غير مكاتبه ومُبعضه في توبته؛ لما فيه من اتحاد القابض والمقبض.

ويؤخذ منه جواز إنابة من ليس له الإقباض وإن كان هو العاقد؛ كوكيل في مجرد العقد، وولي بطلت ولايته قبل القبض.

ولو وكل من له الإقباض لتوكل^(١) في القبض فينبغي جوازه إن قال له: «وكل عني» أو أطلق، ولو رهن ما بيد غيره أمانة أو مضمونا، فالقبض بمضي زمن يمكن فيه قبضه مع إذنه فيه.

ولا يبرأ المُرتهن من ضمانه بارتعائه؛ لأن الرهن وإن كان عقداً أمانة إلا أن الغرض منه التوثيق، وهو لا ينافي الضمان، ولا بإبرائه من ضمانه وهو في يده؛ لأن العين لا يبرأ عنها، إذ الإبراء إسقاط ما في الذمة أو تملكه، ولا بإبرائه عن ضمان ما يثبت في الذمة بعد تلفه؛ لأنه إبراء عما لم يثبت بخلاف إيداعه يبرأ به؛ لأنه ينافي الضمان، فإنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أميناً، نعم لو أذن له الراهن بعد قبضه في إمساكه ومضت مدة الإمكان فنقل الروايات في «حليته» عن بعض الأصحاب أنه يصير رهناً ويزول الضمان.

قال: وهو الاختيار، كما لو أبرأه من ضمان الغصب ثم رهنه أو استرده بعد رهنه ثم أقبضه. انتهى.

ولا يخفى ما فيه مع أن ما ذكره في الإبراء ينافي ما سبق أنفاً، أما إذا أقبضه كما تقرر فيمتنع رجوعه فيه بما ذكر.

(١) في (ج)، «ليوكل».

ويحرّم رهنه ووطؤه وإن أمن^(١) الحبل، وكلّ تصرّف يُزيل الملك؛ كالوقف، والإعتاق، أو يُنقصه؛ كالتزويج، والإجارة إن كان الدين حالاً، أو يحلّ قبل انقضاء مدّتها، بخلاف ما إذا كان يحلّ بعد انقضائها أو معه.

ولا تنفد هذه التصرفات إلا إعتاق الموصّر وإحباله، فينفذان ويغرم القيمة وقت الإعتاق والإحبال، وتكون رهناً مكانه، وهل يحكم قبل الغرم بكونها مرهونة في الذمة؟ تناقض فيه وفي الأرض في ذمة الجاني إذا كان هو الرّاهن كلام شيخ مشايخنا^(٢)، والحكم بذلك غير بعيد، بخلاف المعسر.

نعم إن انفك الرهن بغير بيع نفذ الإيلاد دون الإعتاق، وإن انفك ببيع لم ينفذ الإيلاد إلا إن ملك الأمة بعد، فإن ملك بغضها نفذ الإيلاد فيه، وسرى النفوذ إلى الباقي إن كان مؤسراً حينئذ فيما يظهر، فإن أيسر بعد الملك ففيه نظر، ويظهر النفوذ للحكم بثبوت الإيلاد في حقه بمجرّد الإحبال، وإنما تخلف للمانع وقد زال.

والمراد بالموصّر الموصّر بقيمة المرهون، فإن أيسر ببغضها نفذ فيما أيسر بقيمة، نعم ذكر البلقيني فيما لو كان الدين حالاً وكان أقل من القيمة أنه ينبغي أن يكتفى بيساره بالدين؛ لأنّه حق المرتهن، فينبغي أن يؤخذ ويوفى حالاً. قال: فعليه المعتبر عندي أن يكون الرّاهن مؤسراً بأقلّ الأمرين من قيمة المرهون ومن الدين. انتهى^(٣).

وقضيته تقيده بالحال.

(٢) «الغرر البهية» (٣/ ٨٨).

(١) في (ج): «أمكن».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٥٩).

وقوله: «فَيَنْبَغِي أَنْ يُؤْخَذَ وَيُوفَى حَالًا» اعتبار القيمة في المؤجل مطلقًا والفرق لائح، وإذا نفذنا إعتاق المוסر كان إقدامه عليه جائزًا كما اقتضاه كلام الرافعي^(١) وغيره، وكذا كلام الشافعي كما قاله البلقيني وغيره، وإن نُقِلَ عن الإمام خلافه.

وهل يجري ذلك في الإحبال فيجوز وطء المוסر بقضيه أو يُفرَّق بأنَّ الوطء لا يستلزم الإحبال؟ فيه نظر، وقد يُوجَّه الأول بانتفاء الضرر بكلِّ تقدير، والكلام كله حيث لم يأذن المُرْتَهَنُ أو يَقَعَ التَّصَرُّفُ مَعَهُ، فإنَّ أَذْنَ لم يمتنع شيء من التَّصَرُّفَاتِ فيحِلُّ الوطء، فإن لم يحبل فالرَّهْنُ بحاله، وإن أحبل أو أعتق أو باع نفذت وبطل الرَّهْنُ.

وله الرجوع عن الإذن في الهبة أو الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وليس له الرجوع عن إذنه في البيع بعده ولو في مدَّة الخِيَارِ، وإن وَقَعَ التَّصَرُّفُ مَعَهُ بِالْبَيْعِ أو غيرِه جاز كما صرَّح به الإمام وغيره؛ لأنَّه في معنى الإذن، نعم إذا ابتدأ الرَّاهْنُ بالإيجاب ففي الصَّحَّةِ تردُّ حكاة الإمام عن شيخه؛ لأنَّه لم يكن إذ ذاك مأذونًا فيه، وحكى في «السيط» فيه وجهين، ونظَّره^(٢) بمسألة صحَّحُوا فِيهَا الْجَوَازَ.

قال شيخ مشايخنا: وكان البيع والرَّهْنُ فسخًا للرَّهْنِ.

قال: وما ذكروه من امتناع الرَّهْنِ منه بدين آخر صورته أن يُرَهَّنَ به المرهون مع بقاء رهنه بالأول، فهو كما لو أذن في رهنه من غيره مع بقاء رهنه بدينه^(٣). انتهى.

(٢) في (ص): «ونظروه».

(١) «الشرح الكبير» (٤/ ٢٨٩).

(٣) «العرر الهبة» (٣/ ٨٥).

وقوله: «مع بقاء رهنه بالأول» أي: بأن يُصرَّح بذلك، بخلاف ما إذا صرَّح بالمسح أو أطلق، بدليل قوله: «وكان البيع والرهن فسحا للرهن» لكن قضية قولهم: «لو شهد شاهدان أنه رهن بألف ثم بألفين لم تُسمع حتى يقولوا وفسحا. انتهى» أنه لا بد من صحة الرهن الثاني من التصريح بفسح الأول؛ فليُتأمل.

(و) المرهون من حيث أنه مرهون أمانة بيد المُرتهن؛ لخبر: «الرهن من رَاهِنِهِ»^(١)، أي: من ضمانه، ومن ثم (لا يضمنه المُرتهن) لا قبل البراءة من الدين ولا بعدها (إلا بالتعدي) فيه، أو الامتناع من رده بعد البراءة من الدين.

ولا يسقط بتلفه شيء من دينه، ولو استعاره المُرتهن كان مضموناً عليه كسائر العواري، ولو قبض شيئاً بسوم الرهن فلا ضمان، أو ارتنه أن يضمنه فسد الرهن ولا ضمان؛ إذ فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه.

وفيما ذكره إشارة إلى أن اليد على المرهون للمُرتهن، وهو كذلك، نعم قد يمتنع كونها له كأن شرطاً وضعه عند ثالث، أو كان رقيقاً مسلماً، أو مُصحفاً والمُرتهن كافراً، أو سلاحاً والمُرتهن حربياً فيوضع عند عدل، أو جارية تُستهي والمُرتهن ممسوح، أو امرأة غير ثقة، أو ذكر أجنبي فحل وليس عنده حليّة، أو امرأتان يؤمن معهما عليها، والقياس الاكتفاء بالواحدة فتوضع عند محرم لها، أو نحو امرأة ثقة أو ذكر أجنبي عدل عنده من ذكر، والخثنى كالأمة، لكن لا يوضع عند امرأة أجنبية.

وحيث كانت اليد للمُرتهن فلا تزال إلا لانتفاع الرهن إذا لم يتأت بغير استرداد مع الإشهاد على الاسترداد للانتفاع إن اتهمه؛ كأن يكون داراً يسكنها،

(١) رواه الشافعي مسلاً عن ابن المسيب (ص ١٤٨) بحوه ورواه وابن حبان (٥٩٣٤)، والدارقطني (٢٩٢٠)، والحاكم (٢٣١٧) عنه، عن أبي هريرة رضي الله عنه، وقال الدارقطني: إسناده حسن متصل.

أو دَابَّةً يَرْكَبُهَا، أو عَبْدًا يَخْدُمُهُ، وَيُرَدُّ الدَّابَّةُ وَالْعَبْدُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ لَيْلًا، وَشَرْطُ اسْتِرْدَادِهِ الْأَمَّةُ أَمَّنْ غَشِيَانَهَا، لَكُونَهُ مَحْرَمًا لَهَا أَوْ ثِقَةً وَلَهُ أَهْلٌ، بِخِلَافِ مَا يَأْتِي بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ؛ كَأَنْ يَكُونَ عَبْدًا يَخِيطُ وَأَرَادَ مِنْهُ الْخِيَاطَةَ.

(وَإِذَا قَضَى) الرَّاهِنُ (بَعْضَ الْحَقِّ) أَوْ بَرِئَ مِنْهُ بِإِبْرَاءٍ أَوْ إِزِثٍ أَوْ اعْتِيَاظٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، (لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ مِنَ الرِّهْنِ) أَيِ: الْمَرْهُونِ عَنِ الرَّهْنِيَّةِ (حَتَّى يَقْضِيَ^(١)) جَمِيعَهُ) أَوْ يَبْرَأَ مِنْهُ بِإِبْرَاءٍ أَوْ إِزِثٍ أَوْ اعْتِيَاظٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ كَمَا قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ^(٢)، وَلَا تَنْتَهِ وَثِيقَةُ لِلْكُلِّ وَلِجُزْئِهِ كَالشَّهَادَةِ، فَلَوْ تَلَفَ الْعَوَضُ أَوْ تَفَرَّقَا فِي الرُّبُوبَيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ تَقَايَلَا عَادَ الرِّهْنُ.

نَعَمْ لَوْ تَعَدَّدَ الْعَقْدُ؛ كَأَنْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ فِي صَفْقَةٍ وَبَاقِيَهُ فِي أُخْرَى، ثُمَّ بَرِئَ مِنْ حِصَّةِ أَحَدِ الْعَقْدَيْنِ، أَوْ مَسْتَحَقُّ الدَّيْنِ؛ كَأَنْ رَهَنَ عَبْدًا مِنْ اثْنَيْنِ بِدَيْنِهِمَا عَلَيْهِ صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ اتَّحَدَتَا جِهَةً دَيْنَهُمَا كَمَا فِي «أَصْلِ الرُّوَضَةِ»^(٣)، ثُمَّ بَرِئَ مِنْ دَيْنِ أَحَدِهِمَا، أَوْ الْمَدْيُونُ؛ كَأَنْ رَهَنَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ بِدَيْنِهِ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ اتَّحَدَا وَكِلَهُمَا ثُمَّ بَرِئَ أَحَدُهُمَا انْفَلَكَ مِنَ الرِّهْنِ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْبَرَاءَةِ.

وَاسْتَشْكَلَهُ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٤) فِي الثَّانِيَةِ: بِأَنْ مَا أَخَذَهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الدَّيْنِ لَا يَخْتَصُّ بِهِ، بَلْ هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا، فَكَيْفَ تَنفَكَّ حِصَّتُهُ مِنَ الرِّهْنِ بِأَخْذِهِ.

ثُمَّ أَجَابَ: بِأَنْ مَا هُنَا مَحْلُهُ إِذَا لَمْ يَتَّحِدْ جِهَةً دَيْنَهُمَا، أَوْ إِذَا كَانَتِ الْبَرَاءَةُ بِالْإِبْرَاءِ لَا بِالْأَخْذِ.

وَأَجَابَ غَيْرُهُ بِأَنْ مَا يَخُصُّهُ مِمَّا قَبَضَهُ يَنْفَكُّ بِقَدْرِهِ فَقَطُّ مِنْ حِصَّتِهِ الْمَرْهُونَةِ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَرَاءَةُ بِالْإِبْرَاءِ انْفَلَكَ جَمِيعُ حِصَّتِهِ وَلَا إِشْكَالَ.

(٢) «الإنقاذ» (١/ ٢٦٩).

(١) فِي (ع): «يَقْتَضِي». وَفِي (ن): «يَقْضَى».

(٤) «أَسْنَى الْمُطَالِبِ» (٢/ ١٧٦).

(٣) «الشرح الكبير» (٤/ ٥٢٢).

ثُمَّ اعْتَرَضَ الشُّقُّ الْأَوَّلُ مِنْ جَوَابِ الشَّيْخِ بِأَنَّهُ يُنَافِيهِ مَا مَرَّ عَنْ «أَصْلِ الرُّوْضَةِ»^(١).

وَنَقُولُ: يَرُدُّ عَلَى جَوَابِهِ أَنَّ كِلَا مِنْهُمَا فِي حَصَّتِهِ كَالْغَرِيمِ الْوَاحِدِ بِالنِّسْبَةِ لْجُمْلَةِ الرَّهْنِ، فَكَمَا لَا يَنْفَكُ هُنَاكَ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ بِالْبَرَاءَةِ مِنَ الْبَعْضِ^(٢)، فَكَذَا هُنَا، بَلْ هُوَ بِالنِّسْبَةِ لِحَصَّةِ غَرِيمٍ وَاحِدٍ وَالْحَصَّةُ هِيَ جُمْلَةُ الرَّهْنِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ، وَقَدْ تَقَرَّرَ أَنَّهُ لَا يَنْفَكُ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ بِالْبَرَاءَةِ مِنَ الْبَعْضِ، وَلَعُمْرِي إِنَّ هَذَا فِي غَايَةِ الْوُضُوحِ.

وَعَلَى اعْتِرَاضِهِ: أَنَّا لَا نُسَلِّمُ الْمُنَافَاةَ؛ لَجَوَازِ أَنَّ الْمُشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِ الشَّيْخِ: «مَا هُنَا» صُورَةٌ مَا إِذَا أَخَذَ أَحَدُهُمَا مِنَ الدَّيْنِ قَدَرَ حَصَّتِهِ الْمَذْكُورِ فِي قَوْلِهِ يُشْكَلُ بِأَنَّ مَا أَخَذَهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الدَّيْنِ لَا أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ، وَكَأَنَّهُ قَالَ: هَذِهِ الصُّورَةُ الَّتِي أَشْكَلْتُ مُحَلِّهَا إِذَا لَمْ تَتَّحِذْ جِهَةَ الدَّيْنِ.

وَمَا تَقَدَّمَ عَنْ «أَصْلِ الرُّوْضَةِ»^(٣) لَيْسَ نَصًّا فِي انْفِكَائِ الْبَعْضِ عِنْدَ اتِّحَادِ الدَّيْنِ بِالْبَرَاءَةِ عَنْ دَيْنٍ أَحَدِهِمَا بِسَائِرِ طُرُقِ الْبَرَاءَةِ؛ لَجَوَازِ أَنْ يُخَصَّصَ بِالنِّسْبَةِ لَذَلِكَ بغيرِ الْأَخْذِ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ.

وَلَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا أَوْ عَبْدَيْنِ اسْتَوَتْ قِيمَتُهُمَا مِنْ مَالِكَيْنِ لِيرَهْنَهُ أَوْ لِيرَهْنَهُمَا ففَعَلَ، ثُمَّ قَضَى النِّصْفَ مِنَ الدَّيْنِ وَقَصَدَ فَكَأَنَّ نَصْفَ الْعَبْدِ أَوْ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ، أَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ جَعَلَهُ عَنْ ذَلِكَ انْفَكَكَ الرَّهْنُ عَنْهُ نَظَرًا إِلَى تَعَدُّدِ الْمَالِكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَصَدَ الشُّيُوعَ أَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ جَعَلَهُ عَنْهُمَا أَوْ لَمْ يَعْرِفْ حَالَهُ.

(٢) فِي (ج)، (ن): «الْبَعْضُ».

(١) «الشرح الكبير» (٤/٥٢٢).

(٣) «الشرح الكبير» (٤/٥٢٢).

وَقَيْدَ الزَّرْكَشِيِّ الْمَسْأَلَةَ بِأَنْ يَأْذَنَ كُلُّ مِنْهُمَا فِي رَهْنِ نَصِيهِ بِنُصْفِ الدَّيْنِ
فِي رَهْنِ الْمُسْتَعِيرِ الْجَمِيعَ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ^(١).

فَلَوْ قَالَا: «أَعَرْنَاكَ الْعَبْدَ لَتَرْهَنَهُ بِدَيْنِكَ» فَلَا يَنْفَكُ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا بِمَا ذُكِرَ؛
لَأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا رَضِيَ بِرَهْنِ الْجَمِيعِ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ.

قَالَ شَيْخُ مَشَايِخِنَا: وَمَا قَالَهُ مُوَافِقُ لِقَوْلِ الْمُتَوَلِّي وَغَيْرِهِ لَوْ رَهَنَ اثْنَانِ
عَبْدَهُمَا بِدَيْنٍ لِرَجُلٍ عَلَى آخِرٍ لَا تَنْفَكُ حَصَّةُ أَحَدِهِمَا بِدَفْعِ شَيْءٍ مِنَ الدَّيْنِ؛
لَأَنَّ نَصِيبَ كُلِّ مِنْهُمَا رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، لَكِنْ الْفَرْقُ بَيْنَ رَهْنِ الْمَالِكِ وَرَهْنِ
الْمُسْتَعِيرِ لَائِحٌ، وَصَحَّةُ رَهْنِ الْجَمِيعِ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ عَلَى خِلَافِ إِذْنِ الْمَالِكِ
مَمْنُوعَةٌ^(٢). انْتَهَى.

وَقَالَ شَيْخُنَا الرَّمْلِيُّ: الْمُعْتَمَدُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ خِلَافُ مَا قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ
وَالْمُتَوَلِّي.



(١) «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٢/١٧٦).

(٢) «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٢/١٧٦).

(فَصْلُ) فِي الْحَجَرِ

بفتح الحاء، وهو نوعان:

(١) حجرٌ شُرِعَ لغيره،

(٢) وحجرٌ شُرِعَ لمصلحة نفسه.

وقد أشار المصنّف إلى النوعين في قوله: (وَالْحَجَرُ) وهو لغة: المنع، وشرعاً: المنع من التصرفات المالية (عَلَى سِتَّةَ):

(١) على (الصَّبِيِّ) الشَّامِلِ لِلصَّبِيَّةِ، حَتَّى يَبْلُغَ رَشِيدًا، أَوْ يَحْصُلَ الْبُلُوغُ

* باستكمال خمس عشرة سنة قمرية تحديدًا من تمام الانقضاء،

* أَوْ خُرُوجَ الْمَنِيِّ، أَوْ الْحَيْضِ بَعْدَ اسْتِكْمَالِ تِسْعِ سِنِينَ قَمَرِيَّةٍ؛ أَيْ: مِنْ تَمَامِ الْإِنْفِصَالِ، تَقْرِيْبِيَّةً فِي الْحَيْضِ، وَكَذَا فِي الْمَنِيِّ عَلَى الظَّاهِرِ عِنْدَ شَيْخِ مَشَايِخِنَا^(١) مِنْ تَرَدُّدِهِ لِلْإِسْنَوِيِّ^(٢).

* أَوْ بِنَاتٍ شَعِرٍ يَحْتَاجُ فِي إِزَالَتِهِ إِلَى حُلْقٍ بَعْدَ اسْتِكْمَالِ تِسْعِ سِنِينَ عَلَى عَائَةِ الْكَافِرِ، وَمَنْ جُهِلَ إِسْلَامُهُ دُونَ مَنْ عُلِمَ إِسْلَامُهُ، لَكِنَّهُ لَيْسَ بِلَوْغًا حَقِيقَةً بَلْ دَلِيلٌ عَلَى الْبُلُوغِ؛ أَيْ: بِالسَّنِّ أَوْ الْإِحْتِلَامِ عَلَى الْمُتَّجِعِ كَمَا قَالَه الْإِسْنَوِيُّ^(٣)، وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يَحْتَلِمْ وَشَهِدَ عَدْلَانِ بِأَنَّهُ عُمَرُهُ دُونَ خَمْسَةِ عَشَرَ سَنَةً لَمْ يُحْكَمْ بِبُلُوغِهِ بِالْإِنْبَاتِ، كَمَا قَالَه الْمَاوُزَوِيُّ^(٤).

وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْعَائَةِ لِلشَّهَادَةِ بِهَا عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَى مَعْرِفَةِ الْبُلُوغِ بِهَا؛ لِلضَّرُورَةِ.

(١) «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٢/٢٠٦).

(٢) «الْمَهْمَاتِ» (٥/٤٣٢).

(٣) «الْمَهْمَاتِ» (٥/٤٣٢).

(٤) «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٢/٢٠٦).

وَأَمَّا الْحَبْلُ وَالْوِلَادَةُ فَلَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِلَوْغًا، وَإِنَّمَا الْبُلُوغُ بِالْإِنْزَالِ،
وَالْوِلَادَةُ الْمَسْبُوقَةُ بِالْحَبْلِ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَلِهَذَا يُحَكَّمُ بِالْبُلُوغِ قَبْلَهَا بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ
وَشَيْءٍ، حَتَّى لَوْ أَتَتْ الْمُطَلَّقةُ بِوَلَدٍ يَلْحَقُ الزَّوْجَ حُكْمَ بِلَوْغِهَا قَبِيلَ الطَّلَاقِ.

وَفِي هَذَا الْكَلَامِ تَصْرِيحٌ بَعْدَ تَوْقُفِ الْبُلُوغِ عَلَى بُرُوزِ الْمَنِيِّ خَارِجِ الْفَرْجِ،
وَلَا عِبْرَةَ بَنَاتِ شَعْرِ الْإِبْطِ وَاللَّحْيَةِ وَالشَّارِبِ، وَثِقَلِ الصَّوْتِ، وَثُهُودِ الشَّدِيِّ،
وَتَنَوُّءِ طَرَفِ الْحَلْقُومِ، وَانْفِرَاقِ الْأَرْنَبَةِ وَغَيْرِهَا.

وَلَوْ ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالْمَنِيِّ، أَوْ ادَّعَتْهُ بِالْحَيْضِ صُدَّقَ بِمَا يَمِينُ وَلَوْ فِي خُصُومَةٍ،
نَعَمْ إِنْ كَانَ مِنَ الْغُرَاةِ وَطَلَّبَ سَهْمَ الْمُقَاتِلَةِ أَوْ إِبْثَاتَ اسْمِهِ فِي الدِّيَّانِ^(١) حَلَفَ
عِنْدَ التَّهْمَةِ.

وَلَوْ سُيِّيَ وَلَدُ الْكَافِرِ فَادَّعَى أَنَّهُ اسْتَعَجَلَ الْإِبْثَاتَ بِالْذَّوِّاءِ صُدِّقَ بِمِمينِهِ لِدَفْعِ
الْقَتْلِ عَنْهُ، بِخِلَافِ وَلَدِ الذَّمِّيِّ إِذَا طُوْلَبَ بِالْجِزْيَةِ فَادَّعَى ذَلِكَ لَا يُصَدَّقُ؛ وَذَلِكَ
لِلْإِحْتِيَاظِ بِحِفْظِ الْمَالِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي الْحَالِينِ.

وَالرُّشْدُ: صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ، وَيُتَعَبَّرُ فِي الْكَافِرِ دِينُهُ، فَصَلَاحُ الدِّينِ بِأَلَّا
يَفْعَلَ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدْلَةَ، وَصَلَاحُ الْمَالِ بِأَلَّا يُبْذَرَ فِيهِ، وَسَيَأْتِي التَّبْذِيرُ.

وَلَا بَدَّ مِنْ اخْتِيَارِ رُشْدِ الصَّبِيِّ لِيُعْرَفَ، فَفِي الدِّينِ: بِمُشَاهَدَةِ حَالِهِ فِي
الْعِبَادَاتِ، بِقِيَامِهِ بِالْوَاجِبَاتِ وَاجْتِنَابِهِ الْمَحْظُورَاتِ وَالشُّبُهَاتِ، وَفِي الْمَالِ
يَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ، فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا، وَوَلَدُ
الزَّرَّاعِ بِالْمُزَارَعَةِ وَالتَّنْفِيسَةِ عَلَى الْقَوَامِ بِهَا، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ
وَصَوْنِ الْأَطْعَمَةِ عَنِ الْهَرَّةِ وَنَحْوِهَا بِحَسَبِ الْعَادَةِ، وَيُتَعَبَّرُ تَكَرُّرُ الْإِخْتِبَارِ مَرَّةً
فَأَكْثَرَ بِحَيْثُ يَحْصُلُ الظَّنُّ بِرُشْدِهِ.

ووقته: قبل البلوغ، فلا يصحُّ عقده بل يُمتحنُ في المماكسة، فإذا أراد العقدَ عقدَ الولي، وللولي أن يدفعَ إليه المالَ ليُمَاكسَ به، فإن تَلَفَ في يده فلا ضَمانَ على الولي.

ولا منافاة بين ما لوَحَ به كلامُ المُصنِّفِ من زوالِ حَجَرِ الصَّبِيِّ ببلوغه مُطلقاً وبين ما تقدَّم من التقييدِ ببلوغه رشيداً؛ لأنَّ الأوَّلَ بالنَّظَرِ لحَجَرِ الصَّبِيِّ فقط، والثَّاني بالنَّظَرِ للحَجَرِ مُطلقاً، والأوَّلُ أولى كما قاله الشَّيْخَانِ؛ لأنَّ الصَّبَا سبَبُ مُستَقِلٍّ، فبالبلوغ يزولُ الحَجَرُ المُتعلِّقُ به ويخلفه حَجَرُ السَّفهِ إن كان، وإذا بَلَغَ رشيداً انقَطَعَ حَجَرُهُ بنفسِ البلوغ والرُّشد، وأُعطيَ ماله بلا توقُّفٍ على فكِّ القاضي، نعم إن أنكرَ وليُّه دَعْوَاهُ أَنَّهُ بَلَغَ رشيداً لم ينفكَّ الحَجَرُ عنه.

ولا يحلفُ الوليُّ كالقاضي والوصيِّ والقيِّمُ بجامع أن كلاً أمينٌ ادَّعي انعزاله، ولأنَّ الرُّشدَ يُوقَفُ عليه بالاختبار فلا يثبتُ بقوله، وإنَّ واخذناه بإقراره به في رفع ولايته قال الأذَرَعِيُّ^(١): ولأنَّ الأصلَ يعضدُ قوله، بل الظَّاهِرُ أيضاً؛ لأنَّ الغالبَ في قريبي العهدِ بالبلوغ عدمُ الرُّشدِ، فالقولُ قوله في دوامِ الحَجَرِ إلَّا أن تقومَ بَيِّنَةٌ بالرُّشدِ.

وقضية ذلك فيما لو كان الصَّبِيُّ غائباً وعَلِمَ الوليُّ ببلوغه دونَ رُشده أن للوليِّ التَّصَرُّفَ في ماله استصحاباً للأصل، لكن أفتى السُّبْكِيُّ وتبعه الإسْنَوِيُّ^(٢) وغيره بخلافه؛ أخذوا من فسادِ الإجارة في الزائد فيما لو أجزَّ الوليُّ الصَّبِيَّ زمناً يزيدُ على بلوغه بالسَّنِّ فَإِنَّهُ يَدُلُّ على عدم الاكتفاء بالأصل، واعتمدَ جمعٌ من شيوخنا الأوَّلَ وتكلَّفوا الفَرْقَ، ويؤخذُ ممَّا ذُكِرَ أَنَّهُ لو أقرَّ الوليُّ برُشده انعزَلَ ولا يثبتُ رُشده.

(١) «قوت المحتاج» (٢/ ٥٧٢-٥٧٣).

(٢) «المهمات» (٦/ ١٨١).

(٢) (و) على (المَجْنُونِ) بِمُجَرَّدِ جُنُونِهِ إِلَى أَنْ يُفَيَّقَ فَيَنْفَكُ بِمُجَرَّدِ الْإِفَاقَةِ، وَالْحَقُّ الْقَاضِي بِالْمَجْنُونِ النَّائِمِ وَالْأَخْرَسِ الَّذِي لَا يَفْهَمُ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَفِيهِ نَظَرٌ؛ إِذْ لَا يَتَخَيَّلُ أَحَدٌ أَنَّ النَّائِمَ يَتَصَرَّفُ عَلَيْهِ ^(١) وَلِيَّهِ، وَأَمَّا الْأَخْرَسُ الْمَذْكُورُ فَإِنَّهُ لَا يَعْقِلُ، وَإِنْ احتِيجَ إِلَى إِقَامَةِ أَحَدٍ مَقَامَهُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هُوَ الْحَاكِمُ ^(٢). انتهى.

وظَاهِرٌ أَنَّ مَرَادَ الْقَاضِي الْحَاقِقُ بِهِ فِي مُجَرَّدِ الْحَجْرِ عَلَيْهِمَا، لَا فِي التَّصَرُّفِ عَلَيْهِمَا أَيْضًا؛ لَوْضُوحِ أَنَّ أَحَدًا لَا يَتَصَرَّفُ عَلَى النَّائِمِ، وَأَمَّا الْأَخْرَسُ الْمَذْكُورُ فَقَدْ تَرَدَّدَ الْإِنْسَانِيُّ فِيمَنْ يَكُونُ وَلِيُّهُ، وَبَحَثَ الشَّمْسُ الْجَوَاجِرِيُّ أَنَّ مَوْضِعَ التَّرَدُّدِ فِيمَنْ عَرَضَ لَهُ هَذَا الْخَرَسُ بَعْدَ الصُّبَا؛ إِذْ لَا يَرْتَفِعُ الْحَجَرُ عَنْهُ إِلَّا بَبُلُوغِهِ رَشِيدًا، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ. انتهى.

وَبَحَثَ غَيْرُهُ فِي مَوْضِعِ التَّرَدُّدِ أَنَّ وَلِيَّ الْمَجْنُونِ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنْ كَانَ لَفِظُ يَفْهَمُ مِنْ كَلَامِ الْقَاضِي -مُضَارِعُ فِهِمْ- لَمْ يَتَّجِهْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ وَلِيُّهُ هُوَ وَلِيُّ الْمَجْنُونِ قَبْلَ الْبَلُوغِ وَبَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ مَجْنُونٌ أَوْ فِي مَعْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ مُضَارِعُ أَفْهَمَ بِالْأَلْفِ بَأَنَّ كَانَ لَا إِشَارَةَ لَهُ مَفْهُمَةً مُطْلَقًا مَعَ وَجُودِ عَقْلِهِ وَإِدْرَاكِهِ، فَهَذَا عَاقِلٌ قَطْعًا لَكِنَّهُ لَا يَتَأْتَى مِنْهُ التَّصَرُّفُ؛ لِعَدَمِ شَرْطِهِ مِنَ الْعِبَارَةِ وَمَا يَقُومُ مَقَامَهَا، وَهُوَ الَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُحَلُّ التَّرَدُّدِ، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يُجْعَلَ وَلِيُّهُ وَلِيُّ الْمَجْنُونِ مُطْلَقًا الْحَاقِقُ لَهُ بِهِ، فَإِنَّهُ غَيْرُهُ قَطْعًا، فَلْيَتَأَمَّلْ.

وَلَوْ كَانَ لِلْمَجْنُونِ أَذْنَى تَمْيِيزٍ كَانَ كَالصَّبِيِّ الْمُتَمَيِّزِ فِي الْحَجْرِ عَلَيْهِ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ، كَمَا نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ عَنِ «التَّحْمَةِ» وَأَقْرَأَهُ، وَلَا إِشْكَالَ فِيهِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ تَمْيِيزًا لَا يَحْصُلُ بِهِ تَمَامُ الْقَهْمِ وَالتَّصَرُّفِ.

(١) فِي (ك): «عَنْهُ».

(٢) «قُوتُ الْمُحْتَاجِ» (٢/ ٥٥٨)

(٣) (وَ) عَلَى (السَّفِيهِ) أَي: (الْمُبَذِّرِ) وَهُوَ الْمُضَيِّعُ (لِمَالِهِ) أَي: لَجَنَسِهِ، بِنَحْوِ رُمِيهِ عَشًا فِي نَحْوِ بَحْرٍ، أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ وَلَوْ صَغِيرَةً، أَوْ احْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ، أَي: جَهْلًا كَمَا قَالَه بَعْضُهُمْ، وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِيُخْرِجَ بِهِ: مَا لَوْ ارْتَكَبَهُ لِنَحْوِ قَضْدِ الْمُحَابَاةِ وَالْإِرْفَاقِ بِهِ؛ إِذْ لَا تَبْذِيرَ فِيهِ، وَهُوَ مَا لَا يَحْتَمَلُ غَالِبًا، بِخِلَافِ الْيَسِيرِ؛ كَيْعٍ مَا يَسَاوِي عَشْرَةَ بِتِسْعَةٍ، وَبِخِلَافِ صَرْفِهِ فِي وَجْهِهِ الْخَيْرِ كَالصَّدَقَاتِ وَفَكِّ الرِّقَابِ وَبِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْمَدَارِسِ، فَلَيْسَ بِتَبْذِيرٍ، وَكَذَا فِي الْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيْقُ بِحَالِهِ، وَالْإِكْثَارِ مِنْ شِرَاءِ الْجَوَارِي وَالِاسْتِمْتَاعِ بِهِ.

وَقَضِيَّتُهُ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، وَهُوَ كَذَلِكَ، إِلَّا أَنْ صَرَفَهُ فِي ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْاِقْتِرَاضِ لَهُ، وَلَيْسَ مَعَهُ وَلَا لَهُ مَا يَرْجُو الْوَفَاءَ بِهِ.

وَلَا يَتَوَقَّفُ حَجَرُ السَّفِيهِ عَلَى حَجَرِ الْحَاكِمِ إِنْ بَلَغَ سَفِيهَاً، فَإِنْ طَرَأَ السَّفِيهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ رَشْدًا تَوَقَّفَ عَلَيْهِ، وَإِذَا صَارَ رَشِيدًا ارْتَفَعَ الْحَجَرُ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى الْحَاكِمِ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي.

وَلَمْ يَذْكُرِ الْفَاسِقُ؛ إِذْ لَا حَجَرَ عَلَيْهِ، نَعَمْ إِنْ بَلَغَ فَاسِقًا بَقِيَ مَحْجُورًا كَمَا عَلِمَ مِمَّا سَبَقَ، وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لَسَفِهِ طَرَأَ فَوَلِيُّهُ الْحَاكِمُ، أَوْ مِقَارِنُ الْبُلُوغِ أَوْ الْجَنُونِ وَإِنْ طَرَأَ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصَّغَرِ، وَهُوَ الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ، ثُمَّ وَصِيُّ الْأَبِ ثُمَّ وَصِيُّ الْجَدِّ، ثُمَّ الْحَاكِمُ بِنَفْسِهِ أَوْ أَمِينُهُ.

(٤) (وَ) عَلَى (الْمُفْلِسِ) أَي: (الَّذِي ارْتَكَبَتْهُ^(١) الدُّيُونُ) وَالْمُرَادُ بِهَا الْجِنْسُ؛ أَي: دِيُونُ الْأَدْمِيَّةِ الْإِلَازِمَةُ الْحَالَّةُ، بِأَنَّ زَادَتْ عَلَى مَالِهِ الْعَيْنِيِّ الْمُتَمَكِّنِ مِنَ الْأَدَاءِ مِنْهُ، أَوِ الدِّينِيِّ إِنْ كَانَ حَالًا عَلَى مَلِيٍّ مُقَرَّبَهُ أَوْ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ، وَإِنْ كَانَ مَالُهُ مَرهُونًا، خِلَافًا لِابْنِ الرَّفْعَةِ^(٢).

(١) فِي (ح): «ارْتَكَبَهُ».

(٢) «كَفَايَةُ النَّبِيِّ فِي شَرْحِ التَّنْبِيهِ» (٩/ ٤٧٠).

وقوله: «لا فائدة في الحجر» مردود بأن له فوائد؛ كمنع التصرف فيه بإذن المُرتهن والتصرف فيما يحدث، ومنه يؤخذ أنه يحجر على الوارث إذا زاد دينه على نصيبه من التركة، وإن كانت رهونة شرعاً بدين المورث، وذلك بأن يحجر عليه الحاكم بطلبه؛ أي: أو طلب وليه إن كان ذا ولي فيما يظهر، أو طلب الغرماء أو أوليائهم، أو طلب بعضهم إن كان دينه قدراً يحجر به وإن لم يختص أثر الحجر به، أو بغير طلب إن كان الدين لمسجد أو جهة عامة كالفقراء كما قاله الأذرعى وغيره، أو لغير رشيد من صبي أو مجنون، أو محجور بسفه وجوباً، وإن لم يتعدر البيع حالاً.

وقول السبكي «أنه حيث ضرر بلا فائدة» مردود بأن له فوائد كما تقدم، نعم هو جائز فقط في الأولى كما قال الأذرعى أنه الظاهر، وتبعه غيره، قال: نعم يظهر القول بوجوب إجابته حيث يتوجه على الحاكم الحجر نظراً للمخجورين ومن الحقناه بهم^(١). انتهى.

وكذا في الأخيرة إذا كان هناك ولي ولم يطلب، كما جزم به الناشري وغيره، وظاهر ما تقرّر الوجوب في المسجد، وإن كان له ناظر لم يطلب، وكان الفرق حيث بينه وبين غير الرشيد إذا كان له ولي ولم يطلب: أن الحق في المسجد بحسب المعنى للجهة، وصورة الحجر بطلب المفلس كما قاله السبكي: أن يثبت الدين بدعوى الغرماء والبيّنة والإقرار، أو^(٢) «علم القاضي فيطلب المديون الحجر دون الغرماء وإن لم يكف طلبه».

قال: ولو لم يدع الغرماء فمقتضى كلام ابن الرقعة تخريج الحجر على الحكم بالعلم^(٣). انتهى.

(٢) في (ج): «و».

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨٣).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨٤).

قال ابن الرُّفْعَةِ^(١): وهل يكفي في لفظِ الحَجَرِ منعُ التَّصَرُّفِ أو يعتبرُ أن يقول: «حَجَرْتُ بالفَلَسِ»؛ إذ منعُ التَّصَرُّفِ من أحكامِ الحَجَرِ فلا يقع به الحَجَرُ؟ وجهان. ولا يخفى أنَّ الأوجهَ الأوَّلَ، وأنَّ الذي من أحكامِ الحَجَرِ ليس هو المَنعُ من التَّصَرُّفِ بل هو امتناعُ التَّصَرُّفِ، على أنَّنا لا نُسلِّمُ امتناعَ وقوعِ الحَجَرِ بما هو من أحكامِهِ، لا يُقالُ فيه دورٌ لتأخُّرِ حكمِهِ عنه؛ لأنَّنا نقولُ: إنَّما يلزِمُ الدَّورُ لو أريدَ بوقوعِهِ به جعلُهُ تابعًا له في الثبوتِ، وليس كذلك، وإنَّما المرادُ الوقوعُ باعتبارِ الدَّلالةِ بأنَّه جعلُهُ كنايةً عنه، ولا يَتوَهَّمُ حيثُزِدُ دورٌ، ولا لَزِمَ في كلِّ كناية، وهو باطلٌ قطعًا.

وخرَجَ بديونِ الأدَمِيِّينَ: ديونُ اللهِ تعالى، فلا حَجَرَ بها، كما أطلقَهُ الرَّافِعِيُّ^(٢) في الإيمانِ، واعتمدَهُ الإسْنَوِيُّ^(٣)، لكن حمَلَهُ جَمْعٌ على ما إذا لم تكنُ فوريةً، ولا حَجَرَ بها، وكذا ديونُ الأدَمِيِّينَ إذا كانت جائزةً كنجومِ الكتابةِ، أو مؤجَّلةً أو ناقصةً عن مالِهِ أو مساويةً له، نعمُ المُمْتنعُ من الأداءِ يُحَجَرُ عليه بطلبِ خصمِهِ وإن زادَ مالُهُ لَكِنَّهُ ليس بِحَجَرٍ فَلَسٍ، ومالُهُ إذا كان منافعٌ ولا يَتِمَكَّنُ من الأداءِ منه كمغصوبٍ وغائبٍ، أو دينًا مؤجَّلاً أو على مُعَسِّرٍ أو مُنَكِّرٍ لا يَبَيِّنُهُ عليه، فلا يَعتَبَرُ زيادةُ الدينِ عليه، بل يكفي زيادَتُها على ما عداها، وإن تعلَّقَ حقُّ الغُرماءِ به حتَّى بالمُؤجَّلِ قبلَ حلولِهِ، وإن قال الإسْنَوِيُّ: الظَّاهِرُ عَدَمُ التَّعلُّقِ فيمُتَنِعُ التَّصَرُّفُ فيه حتَّى بالإبراءِ منه في صورِ الدينِ.

ودخَلَ في قولِ المُصَنِّفِ: «الديونُ» المنافعُ، وهو مَتَجَّةٌ، فيُحَجَرُ لأجلِها، وديونُ الغائبينَ، لكن المعروفُ أنَّه لا حَجَرَ بها؛ لأنَّ القاضي لا يستوفي مالَهُم في الدَّمَمِ.

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/٣٤٦).

(١) «كفاية السيه في شرح النسيه» (٩/٤٨٥).

(٣) «المهمات» (٥/٣٨٢).

قال الفارقي: ومحله إذا كان المديون ثقةً مليئاً، وإلا لزم الحاكم قبضه قطعاً، ذكره في «المهمات»^(١)، قال: وكلام الشافعي في «الأم»^(٢) يدل على أن الدين إذا كان به رهن يقبضه الحاكم؛ أي: إذا سأل المدين ذلك لغرض فكالك الرهن كما هو واضح، بخلاف ما إذا لم يسأل كما لو لم يكن به رهن بل أولى. والقياس حيث ساع للحاكم قبضه جوار الحجر به بل وجوبه، وحيث حجر على المفلس باع الحاكم ماله بثمن مثله حالاً من نقد بلده^(٣)، وقسمه بين غرمائه، وينفق عليه وعلى مَمُونِه، ويكسُوهم نفقة المعسرِين وكسوتهم إلى أن يقسم ماله، فإذا استغنى بكسب صرفه في ذلك، فإن لم يكفِ تمم من ماله ويسلم^(٤) إليه النفقة يوماً بيوم.

نعم الزوجة المتجددة في زمن الحجر لا ينفق عليها، وفارقت الولد المتجدد بأنه لا اختيار له فيه، والولد الذي أقر بنسبه بوجوب الإقرار به، وفارق إقراره بالولد إقرار السفيه به حيث ينفق في الأول على الولد من ماله، وفي الثاني ينفق عليه من بيت المال: بأن إقرار السفيه بالمال وبما يقتضيه لا يقبل، بخلاف إقرار المفلس.

وتوقف الزكشي فيما لو اشترى أمة في ذمته بعد الحجر وأولدها وقلنا بنفوذ إيلاده هل تكون نفقتها كنفقة الزوجة الحادثة؟

قال شيخ مشايخنا: والأوجه كما اقتضاه كلامهم، لا لقدرة الزوجة الحادثة على الفسخ، بخلاف أم الولد^(٥).

(٢) «الأم» (٤/٣١٢).

(٤) في (ج): «وسلم».

(١) «المهمات» (٥/٣٨٦).

(٣) في (ج): «البلدة».

(٥) «أسى المطالب» (٢/١٩٢).

وَلَا يُنْفَقُ عَلَى قَرِيبِهِ إِلَّا بَعْدَ طَلَبِهِ، قِيَاسًا عَلَى الْوَلِيِّ حَيْثُ لَا يُنْفَقُ عَلَى قَرِيبِ الصَّبِيِّ إِلَّا بَعْدَ طَلَبِهِ، وَإِنْ كَانَ الْقَرِيبُ طِفْلًا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ عَاجِزًا عَنِ الْإِرْسَالِ كَزَمِنَ فِقْيَاسُ مَا ذَكَرُوهُ فِي وَلِيِّ الصَّبِيِّ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ بِلا طَلَبٍ.

وَلَا يَنْفَكُ الْحَجَرُ وَلَوْ بَرِضَا الْغُرَمَاءِ إِلَّا بِفَكِّ الْقَاضِي، وَلَا بَدَلُ فِي بَيْعِ مَالِهِ مِنْ ثُبُوتِ كَوْنِهِ مُلْكَهُ كَمَا قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ^(١) تَبَعًا لِلْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ وَالْمَاوَرَدِيِّ، وَأَيَّدَهُ شَيْخُ مَشَايِخِنَا بِأَنَّ الشُّرَكَاءَ لَوْ طَلَبُوا مِنَ الْحَاكِمِ قِسْمَةَ شَيْءٍ بِأَيْدِيهِمْ لَمْ يُجِبْهُمْ حَتَّى يَثْبُتَ مُلْكُهُمْ، وَقَدْ حَكَى الشُّبْكِيُّ فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَرَجَّحَ الْاِكْتِفَاءَ بِالْيَدِ.

قَالَ: وَهُوَ قَوْلُ الْعَبَّادِيِّ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ وَالْأَذْرَعِيُّ: وَأَفْتَى ابْنُ الصَّلَاحِ بِمَا يُوَافِقُهُ، وَالْإِجْمَاعُ الْفَعْلِيُّ عَلَيْهِ^(٢). انْتَهَى.

وَعَلَيْهِ تَفَارُقُ هَذِهِ مَسْأَلَةُ الشُّرَكَاءِ الْمَذْكُورَةِ بِتَعَلُّقِ الْحَقِّ هُنَا بِالْغَيْرِ، وَقَدْ يَتَأَخَّرُ لِعَدَمِ مَسَاعِدَةِ الْبَيِّنَةِ.

(٥) (و) عَلَى (الْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عَلَيْهِ) مِنَ الْمَرَضِ بِأَنَّهُ كَانَ يَخَافُ مِنْهُ الْمَوْتَ، وَإِنَّمَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ (فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ) فَلَا يَنْفَقُ تَبَرُّعُهُ فِيهِ إِلَّا إِنْ أَجَازَهُ الْوَرِثَةُ كَمَا سَيَأْتِي، بِخِلَافِ الثَّلْثِ لَا يَتَوَقَّفُ نَفْذُ تَبَرُّعِهِ فِيهِ عَلَى إِجَازَتِهِمْ إِلَّا إِنْ كَانَ الْمُتَبَرِّعُ عَلَيْهِ وَارِثًا كَمَا سَيَأْتِي، نَعَمْ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنُ مُسْتَعْرِقٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ تَرَكَّتِهِ^(٣) كَمَا قَالَ جَمْعٌ لَكِنَّهُ بِالنِّسْبَةِ لِلتَّبَرُّعَاتِ، وَإِلَّا فَلَوْ وَفَى بَعْضُ الْغُرَمَاءِ لَمْ يُزَاحَمْ غَيْرُهُ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِمَالِهِ بِدَيْنِهِ كَمَا قَالَ الشَّيْخَانِ^(٤).

(١) «كفاية النيه في شرح التبيه» (٩/٤٩٦).

(٢) ينظر: «أسس المطالب» (٢/١٨٩).

(٣) في (ج): «التركة».

(٤) «الشرح الكبير» (٥/١٠)، و«روضة الطالبين» (٤/١٣١).

(٦) (و) على (العَبْدِ) الْمُكَلَّفِ الرَّشِيدِ، وَمِثْلُهُ الْأَمَةُ (الَّذِي لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ) مِنْ قَبْلِ سَيِّدِهِ (فِي التَّجَارَةِ) فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ الْمَالِيَّ بِشَرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهَا جَازَ تَصَرُّفُهُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ، فَلَا يَتَجَاوَزُ مَا نَصَّ عَلَيْهِ السَّيِّدُ مِنْ نَوْعِ الْمَالِ وَوَقْتِ وَمَكَانٍ، فَإِنْ لَمْ يُنَصَّ عَلَى شَيْءٍ تَصَرَّفَ فِي كُلِّ الْأَنْوَاعِ وَالْأَرْمَنِ وَالْأَمَكْنَةِ، وَلَهُ بِالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ لَازِمُهَا؛ كُنْشِرِ الثِّيَابِ، وَطَبْخِهَا، وَحَمْلِ الْمَتَاعِ إِلَى الْحَانُوتِ، وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، لَا التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَتِهِ بَبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَا فِي مَنْفَعَتِهِ بِاجَارَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَلَا فِيمَا اِكْتَسَبَهُ بِنَحْوِ احْتِطَابٍ وَاصْطِيَادٍ، وَقَبُولِ هِبَةٍ بِالتَّجَارَةِ فِيهِ أَوْ غَيْرِهَا، وَلَا نِكَاحَ وَلَا اقْتِرَاضَ عَلَى الْأَوْجِهِ مِنْ تَرَدُّدٍ فِيهِ لِلْقَاضِي، وَلَا تَصَدَّقَ وَلَا تَصَرَّفَ لِلغَيْرِ وَكَالَةً، وَلَوْ بِجُعْلٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَلَوْ أُذِنَ لَهُ فِي تَصَرُّفٍ مُعَيَّنٍ فَلَهُ فَعْلُهُ دُونَ غَيْرِهِ.

قال الإِسْنَوِيُّ: نَعَمْ هَلْ يَجْرَى فِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهِ بِاللَّفْظِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْوَكَالَةِ؟ فِيهِ نَظَرٌ. انْتَهَى. أَيْ: وَالصَّحِيحُ هُنَاكَ عَدَمُ الْاِشْتِرَاطِ، بَلْ لَا يَضُرُّ رَدُّهُ وَلَا يَنْفَعُ عَزْلُهُ نَفْسَهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ اسْتِخْدَامٌ.

وَهَلْ يَبْطُلُ الْإِذْنُ بِنَحْوِ جَنُونٍ أَحَدِهِمَا أَوْ إِغْمَائِهِ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَلَعَلَّ الْقِيَاسَ الْبُطْلَانُ؛ لِلخُرُوجِ عَنِ الْأَهْلِيَّةِ، أَمَّا غَيْرُ التَّصَرُّفِ الْمَالِيَّ فَمِنْهُ مَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ وَإِنْ أُذِنَ سَيِّدُهُ كَالْوَلَايَاتِ وَالشَّهَادَاتِ، وَمِنْهُ مَا يَنْفَعُ وَإِنْ لَمْ يَأْذُنْ كَالْعِبَادَاتِ وَالطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ.

وَخَرَجَ بِالْمُكَلَّفِ الرَّشِيدِ: غَيْرِهِ، فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ الْمَالِيَّ وَإِنْ أُذِنَ سَيِّدُهُ، نَعَمْ لِلْسَّيِّدِ قَبُولُ نَحْوِ الْهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَإِنْ نَهَاهُ سَيِّدُهُ عَنِ الْقَبُولِ، وَيَدْخُلُ الْمَوْهُوبُ وَالْمَوْصَى بِهِ فِي مِلْكِ السَّيِّدِ قَهْرًا وَيُسَلَّمُ الْمَالُ لَهُ لَا لِلرَّقِيقِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ مَا ذَكَرَ بَعْضًا لِلْسَّيِّدِ تَجِبَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَالَ الْقَبُولِ لِنَحْوِ زَمَانَةٍ أَوْ صَغِيرٍ لَمْ يَصِحَّ الْقَبُولُ،

كذا ذكر ذلك شيخ مشايخنا كغيره، فيحتمل أن ما ذكره في الوصية مبني على غير ما يأتي عن الشيخين في الحر السفيه، ويحتمل أن يكون مبنيًا عليه أيضًا ويُفَرَّق، فليُتأمل.

(وَتَصَرَّفُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالسَّفِيهِ) بنحو بيع، أو شراء ولو في الذمة، أو هبة، أو إيجار، أو اقتراض، أو إعتاق ولو بإذن أوليائهم.

(غَيْرُ صَحِيحٍ) ولا ضمان عليهم فيما قبضوه ببيع أو نحوه لا قبل كمالهم ولا بعده، تلف في أيديهم أو اتلفوه، علم حالهم من علمهم أو جهله.

ومعلوم أنه يجوز استرداده ما دام باقيا، هذا إذا قبضهم المالك الرشيد أو قبضوه^(١) بإذنه وتلف قبل المطالبة برده والامتناع منه، فإن قبضوه بغير إذنه أو قبضهم غير رشيد من صبي أو مجنون أو سفيه وتلف مطلقا فيهما، أو قبضهم رشيد وتلف بعد المطالبة والامتناع من رددهم فعليه ضمانه.

وقضية كلام الشيخين^(٢) في السفيه، وبه صرح الإمام والغزالي: عدم ضمانه ظاهرا وباطنا، لكن الذي نص عليه في «الأم»^(٣) في باب الإقرار أنه يضمن بعد انفكاك الحجر عنه.

قال شيخ مشايخنا وغيره: وهو الموافق لما مر في البيع في نظيره من الصبي^(٤). انتهى.

وقد يجاب: بأن الصحيح في الصبي عدم الضمان أيضًا، نعم إن بقي ما قبضوه بأيديهم بعد الكمال ثم اتلفوه فلا إشكال في ضمانهم كما هو ظاهر،

(٢) «الشرح الكبير» (٧٧/٥)، و«روضة الطالبين» (٤/١٨٤)

(١) في (ج) «قصه».

(٤) «أسى المطالب» (٢/٢٠٩).

(٣) «الأم» (٤/٤٩٢)

والأفهل له بعد الكمال حكم الأمانة الشرعية أو يضمّنه مطلقاً، أو إن فرط في حفظه أو لا ضمان مطلقاً؟ لم أر فيه شيئاً.

وقد يؤجّه الأول بأن اليد قبل الكمال لما كانت غير ضامنة وكانت بعده حكمية أشبه ما ألقته الريح في داره مثلاً.

وقد يؤجّه الثاني بأن اليد إنما انتفى عنها الضمان قبل الكمال للنقص، وقد زال بالكمال فليتامل، وعلى من قبض منهم شيئاً بما ذكر ضمانه تلف عنه أو أتلفه، بخلاف ما لو أودعهم أحد شيئاً فيضمّنه بالإتلاف دون التلف، ولو أودعوه شيئاً كان ضامناً، ولا يبرأ إلا بالرد إلى الولي، وشمل التصرف التدبير والوصية، لكنهما صحيحان من السفهيه دونهما، والنكاح وقبوله صحيح من السفهيه فقط بإذن وليه.

وله التوكيل فيه لا في الإيجاب، وقبض دينه بإذن وليه، وعقد الجزية بدينار، والصّلح عن قود لزمه ولو بأكثر من الدية، وقبول الهبة دون الوصية كما اقتضاه كلام الشيخين، وجزم به في «الروض»^(١)، خلافاً لما جزم به الماوردي^(٢) والرويان^(٣) والجرجاني، وقال الإمام: إنه الذي عليه الأكثر، واختاره الشبكي والإسنوي من صحة قبول الوصية^(٤).

وعلى الأول فالفرق أن قبول الهبة^(٥) فوري، وقد لا يجد الولي حينئذ، فلو منعناه القبول فربما فاتت عليه، ولا كذلك الوصية.

(١) «روض الطالب» (ص ٤١٩).

(٢) «الحاوي الكبير» (٦/ ٤٦١).

(٣) «بحر المذهب» (٦/ ٩٣).

(٤) ينظر «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٩).

(٥) في (ج): «الهبة».

وعلى الثاني قال المأوردي: لا يجوز تسليم الموهوب والموصى به إليه، فإن سلّمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب؛ لأنه ملكه الموصى به بقبوله، بخلاف الموهوب، ويبحث في «المطلب» جواز تسليم الموهوب إليه إذا كان ثم من ينتزعه منه عقب تسليمه من ولي أو حاكم^(١).

قال الإمام: ولو امتنع الولي وعسرت مراجعته في المطاعم ونحوها وانتهى إلى الضرورة، فالوجه عندي القطع بجواز تصرفه بحسبها^(٢)، وسيأتي بيان إقرار الثلاثة في فضل الإقرار.

(وتصرف المفسر) المحجور عليه المالي المبتدأ المفوت لماله في الحياة (يصح) حالة كونه من حيث مورده (في ذمته)^(٣) وتقدم معناها أول كتاب البيع بأن يكون مورده ما في الذمة كما في البيع سلماً والشراء بثمن في ذمته.

ويثبت المبيع والتمن في ذمته (دون أختيان ماله) حتى المتجدد بعد الحجز باصطياد واتهاب وقبول وصية ونحو ذلك، فلا يصح تصرفه في أعيانه ببيع ولو لغرمائه بديونهم، نعم إن أذن الحاكم في بيعها لهم بديونهم صح، أو عتاق، أو كتابة، أو هبة، أو رهن، أو غير ذلك، نعم يصح وينفذ استيلاؤه على ما قاله القاضي والغزالي، واعتمده ابن الرفعة في «المطلب»، والبلقيني في «التصحيح» و«التدريب»^(٤) كالمرضي والسفيه.

وفارق عدم نفوذ إيلاد الرهن المعسر: بأن حجز الرهن أقوى، بدليل تقدم حق المُرتهن على مؤن التجهيز، والمفسر يُقدم بها على الغرماء، لكن رجح الشبكي والأذرعي عدم نفوذه كالرهن، واستثنى بعضهم أيضاً تصرفه في نحو ثياب بدنه.

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢٠٩/٢).

(١) «أسنى المطالب» (٢٠٩/٢).

(٤) «التدريب في المعق الشافعي» (٩٨/٢).

(٣) في (ع) «الذمة».

قال الأذَرَعِيُّ: وَيَجِبُ أَنْ يُسْتَنْتَى مِنْ مَنِعِ الشَّرَاءِ بِالْعَيْنِ مَا لَوْ دَفَعَ لَهُ الْحَاكِمُ كُلَّ يَوْمٍ نَفَقَةً لَهُ أَوْ لِعِيَالِهِ فَاشْتَرَى بِهَا، فَإِنَّهُ يَصِحُّ جَزْمًا فِيمَا يَظْهَرُ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ بَعْضُهُمْ^(١). انتهى.

وَدَخَلَ فِي أَعْيَانِ أَمْوَالِهِ نَحْوُ الْمَغْصُوبَةِ وَالْمَنَافِعِ وَالذُّيُونِ بِصِفَاتِهَا الْمَقْصُودَةِ حَالَةً أَوْ مُؤَجَّلَةً، وَمِنْهَا أَرْشُ جَنَائِيهِ وَجَبَ لَهُ حَتَّى يَمْتَنِعَ الْإِبْرَاءُ مِنْهُمَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَيَمْتَنِعُ الْمُسَامَحَةُ بِصِفَةٍ مَقْصُودَةٍ فِي اسْتِيفَائِهَا؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِأَعْيَانِ مَالِهِ مَا لَيْسَ فِي ذِمَّتِهِ مِنْ أَمْلَاكِهِ.

فَخَرَجَ بِالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ: غَيْرُ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ، وَإِنْ زَادَ الدَّيْنُ عَلَى مَالِهِ وَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ مَعَ حُلُولِهِ وَالْمُطَالَبَةِ بِهِ عَلَى الْمَنْقُولِ، خِلَافًا لِمَنْ وَهَمَ فِيهِ. وَبِالْمَالِيِّ: غَيْرُهُ؛ كَنِكَاحٍ، وَطَلَاقٍ، وَقَوْدٍ، وَعَفْوٍ عَنْهُ مَجَانًا.

وَبِالْمُبْتَدَأِ: مَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا قَبْلَ الْحَجَرِ مُطْلَقًا، أَوْ بَعْدَهُ فِي ذِمَّتِهِ، فَوَجَدَهُ بَعْدَ الْحَجَرِ مَعِيًّا؛ فَلَهُ رَدُّهُ إِنْ كَانَ فِيهِ غِبْطَةٌ، وَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَالذَّارِمِيُّ.

وَاسْتُشْكِلَ بَأَنَّ مَنْ اشْتَرَى فِي صِحَّتِهِ شَيْئًا ثُمَّ مَرِضَ وَاطَّلَعَ فِيهِ عَلَى عَيْبٍ، وَالْغِبْطَةُ فِي رَدِّهِ فَلَمْ يَرُدَّ حُسْبَ مَا نَقَصَهُ الْعَيْبُ مِنَ الثُّلُثِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ تَفْوِيتٌ^(٢).

وَقَضَيْتُهُ لَزُومُ الرَّدِّ هُنَا، وَفَرَّقَ بَأَنَّ حَجَرَ الْمَرَضِيِّ أَقْوَى، بِدَلِيلِ أَنَّ إِذْنَ الْوَرِثَةِ فِي تَصَرُّفِ الْمَرِضِ قَبْلَ مَوْتِهِ لَا يُفِيدُ شَيْئًا، وَإِذْنَ الْغُرَمَاءِ فِيمَا يَفْعَلُهُ الْمُفْلِسُ يُفِيدُهُ الصَّحَّةَ أَيْ: عَلَى أَيِّ وَجْهِ، أَوْ الْمُرَادُ أَنَّ لَهُ دَخْلًا فِيهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ إِذْنُ الْحَاكِمِ صَحَّ، وَلَوْ أَذِنَ الْحَاكِمُ فَقَطْ لَمْ يَصِحَّ، فَإِنْ مَنَعَ مِنَ الرَّدِّ حَدُوثُ

(٢) يَظَرُ: «أَسْنَى الْمُطَالِب» (٢/ ١٨٥).

(١) يَظَرُ: «أَسْنَى الْمُطَالِب» (٢/ ١٨٤ - ١٨٥).

عيب عنده لزمه الأرض ولم يملك إسقاطه، ولو لم يكن في الرد غبطة امتنع، وكذا إن لم تكن غبطة لا في الرد ولا في الإمساك على الأوجه.

وله ولو بلا غبطة كل من الفسخ والخيار والإجازة.

وبالمفوت: إجازته لما فعل مؤثره مما يحتاج إليها بناء على الأصح أنها تنفيذ كما نبة عليه البلقيني، وإعراضه عن نصيبه من الغنمة قبل القسمة واختيار التملك.

وب «في الحياة» نحو الوصية والتدبير، فإن فصل عن الدين ما ينفذان من ثلثه بعد الموت نفذاً، وإلا فلا.

والمبادر من التصرف ما لا يشمل الإقرار، أما الإقرار فإن كان بعين كوديعة وعارية ومغصوب، أو بدين إتلاف، أو جنائية مطلقاً، أو بدين لزمه قبل الحجز ولو بمعاملة، أو بغير مال كنسب قبل إقراره في حقه وحق الغرماء؛ فيتسلم المقر له العين في صورتها ويؤاخذ الغرماء بدينه في صورة، وينفق على المقر بنسبه في صورته كما ذكره الإسنوي، بخلاف ما إذا كان بدين لزمه بعد الحجز بمعاملة، فلا يقبل في حق الغرماء، فإن أطلق الإقرار فلم يسنده إلى معاملة أو غيرها، أو أسنده إلى معاملة ولم يسنده إلى ما قبل الحجز ولا إلى ما بعده.

قال الرافعي: فقياس المذهب التنزيل على الأقل وجعله كما لو أسنده إلى ما بعد الحجز^(١).

قال في «الروضة»^(٢): هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر، فإن أمكنت فينبغي أن يرجع؛ لأنه يقبل إقراره.

(١) «الشرح الكبير» (٥/١٠).

(٢) «روضة الطالبين» (٤/١٣٢).

(وَتَصَرَّفُ الْمَرِيضُ) الْمُتَقَدِّمُ وَهُوَ الْمَخُوفُ عَلَيْهِ (فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ) مِمَّا فِيهِ تَبَرُّعٌ؛ كَوَصِيَّةٍ، وَوَقْفٍ، وَتَصَدَّقٍ، وَهَبَةٍ، وَمُحَابَاةٍ فِي بَيْعِ (مَوْقُوفٍ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ) لَهُ، فَإِنْ أَجَازُوهُ نَفَذَ، أَوْ رَدُّوهُ بَطَلَ، أَوْ أَجَازُوا بَعْضَهُ وَرَدُّوا بَعْضَهُ، أَوْ أَجَازَ بَعْضُهُمْ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ وَرَدَّ بَاقِيَهُمْ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ؛ فَلِكُلِّ حَكْمِهِ، وَلِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ عَمَلٌ يُطْلَبُ مِنْ وَصَايَا الْمَبْسُوطَاتِ.

وقوله: (مِنْ بَعْدِهِ) أَي: بَعْدَ مَوْتِهِ، قِيدٌ فِي كُلِّ مِنَ الْإِجَازَةِ وَالْوَرَثَةِ، بَلْ وَمِنْ الثُّلُثِ أَيْضًا، فَالْعِبْرَةُ فِي الثَّلَاثَةِ بِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ، حَتَّى لَوْ تَصَرَّفَ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ دُونَ وَقْتِ الْمَوْتِ؛ كَأَنْ اسْتَفَادَ قَبْلَ مَوْتِهِ مَا لَا يَخْرُجُ بِهِ تَصَرُّفُهُ مِنَ الثُّلُثِ لَمْ يَتَوَقَّفْ عَلَى الْإِجَازَةِ، أَوْ تَصَرَّفَ فِي قَدْرِ الثُّلُثِ فَأَقْلَّ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ دُونَ وَقْتِ الْمَوْتِ؛ كَأَنْ هَلَكَ مَا عَدَا مَا تَصَرَّفَ فِيهِ أَوْ بَعْضُهُ تَوَقَّفَ عَلَى الْإِجَازَةِ، وَلَوْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ أَوْ بَعْضُهُمْ قَبْلَ الْمَوْتِ وَرَدُّوا بَعْدَهُ فَالْعِبْرَةُ بِالرَّدِّ، وَلَوْ انْعَكَسَ الْحَالُ فَالْعِبْرَةُ بِالْإِجَازَةِ، وَلَوْ أَجَازَا وَرَدَّ مَنْ هُوَ وَارِثٌ قَبْلَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ بَعْدَهُ كَأَخٍ حُجِبَ بِابْنٍ حَادِثٍ فَلَا عِبْرَةَ بِإِجَازَتِهِ أَوْ رَدِّهِ، وَلَوْ انْعَكَسَ الْحَالُ كَأَنْ كَانَ الْابْنُ مَوْجُودًا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ أَبِيهِ اعْتَبِرَ، وَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ غَيْرَ مُطْلَقٍ التَّصَرُّفِ لَمْ تَصِحَّ إِجَازَتُهُ وَلَا إِجَازَةُ وَلِيِّهِ وَلَا إِجَازَةُ الْحَاكِمِ، بَلْ يَبْطُلُ ذَلِكَ التَّبَرُّعُ كَمَا أَفْتَى بِهِ الشُّبْكِيُّ، لَكِنْ بَحَثَ حَمْلَهُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُتَوَقَّعْ أَهْلِيَّتُهُ، وَإِلَّا وَقَفَ الْأَمْرُ إِلَيْهَا عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ.

ولو لم يرثه إِلَّا بَيْتُ الْمَالِ بَطَلَ فِي الزَّائِدِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا مُجِيزَ، وَمِنْهُ يُعْلَمُ أَنَّ الْمَرْتَدَّ^(١) لَوْ أَوْصَى بِجَمِيعِ مَالِهِ وَوَرِثَتُهُ حَرَبِيُّونَ بَطَلَتْ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ؛ إِذْ لَا يَرِثُهُ الْحَرَبِيُّونَ، فَمَالُهُ فِيءٌ، فَالْحَقُّ فِيهِ لِلْمُسْلِمِينَ، أَوْ لَمْ يَكُنْ

(١) فِي (ج)، (ش)، (ك)، وَهَامِش (هـ) وَفَوْقَهُ نَحْو: «الْمُؤْمِن»

الوارث حائزاً^(١) بطلت في قدر ما يخص غيره من الزائد.

هذا كله إذا كان المتصرف له أجنبياً، فإن كان وارثاً توقف على إجازة بقية الورثة حتى في قدر الثلث فأقل، فإن أجازوا قاسمهم في الباقي، ولو أوصى لكل من أجنبي ووارث بثلث ماله أو نصفه مثلاً وردَّ الورثة الزائد على الثلث من غير تقييد للردِّ بإحدى الوصيتين فلا أجنبي في الصورتين ثلث، ولا شيء للوارث بالوصية، فإن ردُّوا وصية الوارث فقط فلا أجنبي الثلث في الأولى والنصف في الثانية، أو وصية الأجنبي فقط فله الثلث فيهما وللوارث الثلث أو النصف، وإن أجاز بعضهم الوصيتين أو إحداها نفذت إجازته في حقه فقط.

(وتصرف العبد) المالى إذا لم يؤذن له في التجارة، ومثله الأمة باطل كما تقدّم، وما لزم بسببه كبدل ما ابتاعه، أو اقترضه وتلف بعد قبضه إيّاه في يده بإتلاف أو دونه (يكون في ذمته) ولا يتعلق برقبته ولا بكسبه كبقية أموال السيد (يُتبع به بعد عتقه) لا قبله؛ لأنه لا يملك شيئاً^(٢)، وإن تلف في يد السيد أو يد أجنبي بعد قبضه هو ضمن المالك من شاء من العبد وسيده بل ومن الأجنبي في صورته، لكن إنما يطالب العبد بعد عتقه، فلو بقي نحو المبيع بيده أو يد سيده استرده مالكة.

قال الإسنوي في «شرح المنهاج»: واعلم أن السنين في اللغة للطلب، فقولُه: «ويسترده» معناه أن له طلب رده، وحينئذ فيؤخذ منه أن مؤنة الردِّ تجب على من في يده العين؛ لأن كل من وجب عليه الردُّ كانت المؤنة عليه، ويؤيد الإيجاب هنا أن الضمان ثابت عليه فكذلك المؤنة وما دلَّ عليه كلامه من

(٢) ليست في (ع).

(١) في (ج) «حائزاً».

(٣) في (ج) «يد».

الإيجابِ واضحٌ إنَّ كان في يدِ السَّيِّدِ، فإنَّ كان في يدِ العَبْدِ ففيه نظرٌ؛ لأنَّه لا يُمكنُ أخذُها الآنَ مِن رقبته ولا أكسابه. انتهى.

ولو لم يدخل في يدِ السَّيِّدِ فلا ضَمَانٌ عليه وإن رآه معه فأهمَّله حتَّى تَلَفَ؛ لأنَّه وجبَ برضا مُستحقِّه ولم يَأْذَنْ هو فيه، وبهذا يُفارقُ ذلك ما لو أطلع سيِّده على لُقْطَةٍ في يده، أو أهمَّله وأعرَّض عنه فأتلفها، أو تَلَفَتْ عنده، أو استَحَفَّظَه إِيَّاهَا وهو غيرُ أمينٍ؛ فإنَّه يتعلَّقُ الضَّمانُ بالعَبْدِ أي: بـرقبته، كما أفصحَ به البُلُقِينِيُّ، ويُصرِّحُ به ما يأتي آنفاً وبسائرِ أموالِ السَّيِّدِ كما لو رآه يتلفُ مالاً لغيره ولم يمنعه حتَّى لو هلك العَبْدُ لا يسقطُ الضَّمانُ.

ولو أفلَسَ السَّيِّدُ قُدِّمَ مالكُ اللُقْطَةِ في العَبْدِ على سائرِ الغُرماءِ، بخلافِ ما لو استَحَفَّظَه إِيَّاهَا ليعرفها وهو أمينٌ؛ إذ يذَّه كيده، فهو كما لو التقطها ابتداءً واستعانَ به في تعريفها، بخلافِ العَبْدِ المأذونِ له في التَّجَارَةِ، فتصرُّفه صحيحٌ كما تقدَّم، وما لزمَ بسببه يتعلَّقُ بما حصلَ قبلَ الحَجْرِ عليه مِن مالِ التَّجَارَةِ أصلاً وربحاً، وأكسابه ولو نادرةً كاحتطابٍ واصطيادٍ وقبولِ هبةٍ ووصيةٍ لا بـرقبته، ولا أرضِ الجنايةِ عليه، ولا مهرِ المأذونةِ وأولادها ولا باقيِ أموالِ السَّيِّدِ ولا ذمَّته، وإن أعتقه أو باعه أو قتله ولا شيءَ معه، ولا كسبِ المأذونِ بعدَ الحَجْرِ، فإن فَضَّلَ مِنَ الدَّيْنِ شيءٌ يتعلَّقُ بذمَّته يطالبُ به بعدَ العتقِ، ولا يُنافي ما ذكِرَ مِن أنَّ ذلك لا يتعلَّقُ بذمَّةِ السَّيِّدِ أنَّه يطالبُ به؛ لِمَا سيأتي آنفاً.

ولو تصرَّفَ السَّيِّدُ فيما بيده وعليه دينٌ بغيرِ إذنه أو إذْنِ الغُرماءِ لم يصحَّ، ولزمَ بذلك إن لم يزد على قَدْرِ الدَّيْنِ، وإلَّا فقذَّره، أو يآذنه وإذنيهم صحَّ، وتعلَّقوا بذمَّةِ العَبْدِ، فإن لم يكن عليه دينٌ فللسَّيِّدِ التَّصرُّفُ فيما في يده وإن لم يقدم الحَجَرَ عليه.

ولو خرَجَ ما باعَه المأذونُ مُستَحَقًّا وقد تَلَفَ العوضُ في يده أو غيرها طَوْلَبَ
بِدَلِّهِ، وإن عَتَقَ؛ لأنَّه المُبَاشِرُ للعَقْدِ، وكذا السَّيِّدُ في الأصَحِّ، وإن كان في يد
العَبْدِ وفاءً؛ لأنَّ العَقْدَ لَهُ.

قال شيخُ مَسَائِدِنَا: ولا يُنَافِيهِ ما سَيَأْتِي مِن أَنَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ؛ إِذْ لا يَلْزَمُ مِنَ
المُطَالِبَةِ بِشَيْءٍ ثُبُوتُهُ فِي الذِّمَّةِ بِدَلِيلِ مُطَالِبَةِ القَرِيبِ بِنَفَقَةِ قَرِيبِهِ، والمُؤَسَّرِ بِنَفَقَةِ
المُضْطَرِّ واللَّقِيطِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، والمُرَادُ أَنَّهُ يُطَالَبُ لِيُؤَدِّيَ مِمَّا فِي يَدِ العَبْدِ
لَا مِن غَيْرِهِ ولو مِمَّا كَسَبَهُ العَبْدُ بَعْدَ الحَجْرِ عَلَيْهِ، وصَارَ كالوَارِثِ فِي التَّرَكَةِ
يُطَالَبُ بِالْوَفَاءِ بِقَدْرِهَا فَقَطْ، ذَكَرَهُ البُلْقِينِيُّ وَغَيْرُهُ، وفائِدَةُ مُطَالِبَتِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي
يَدِ العَبْدِ مَالٌ اِحْتِمَالُ أَنَّهُ يُؤَدِّيهِ؛ لأنَّ لَهُ بِهِ عُلُقَةً فِي الجُمْلَةِ وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ ذِمَّتُهُ، فَإِنْ
أَدَّاهُ بَرِئَتْ ذِمَّةُ العَبْدِ، وإِلَّا فلا^(١). انتهى.

وما صَرَّحَ بِهِ مِنْ عَدَمِ لَزُومِهِ ذِمَّةُ السَّيِّدِ وَاضِحٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ المَبِيعُ دَخَلَ
فِي يَدِ السَّيِّدِ، وإِلَّا فَهُوَ غَاصِبٌ وَإِنْ جَهِلَ الحَالُ، كما تَقَرَّرَ فِي مَحَلِّهِ، فَكَيْفَ لَا
يَلْزَمُ ذِمَّتُهُ وَيَجُوزُ لَهُ تَرْكُ الأَدَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ العَبْدِ وفاءً، فَلْيَتَأَمَّلْ.

وكالسَّيِّدِ فِيمَا ذَكَرَ: المُوَكَّلُ، وَرَبُّ مالٍ القِرَاضِي، فَيُطَالَبَانِ بِذَلِكَ كما يُطَالَبُ
بِهِ الوَكِيلُ والعَامِلُ ولو بَعْدَ عَزْلِهِمَا، سواءً أَدْفَعَ رَبُّ المَالِ إِلَيْهِمَا الثَّمَنَ أَمْ لَا،
فَلَوْ غَرِمَ العَبْدُ ذَلِكَ بَعْدَ العِتْقِ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى السَّيِّدِ؛ لأنَّ مَا غَرِمَهُ مُسْتَحَقٌّ
بِالتَّصَرُّفِ السَّابِقِ عَلَى عِتْقِهِ، وَتَقَدُّمُ السَّبَبِ كَتَقَدُّمِ المُسَبِّبِ، فَالْمَغْرُومُ بَعْدَ
العِتْقِ كَالْمَغْرُومِ قَبْلَهُ.

وقَضِيَّةُ ذَلِكَ أَنَّ الوَكِيلَ والعَامِلَ لو غَرِمَا لَمْ يَرْجِعَا، لَكِنْ صَرَّحُوا فِي بابِ الوَكَاةِ
بِأَنَّ القَرَارَ عَلَى المُوَكَّلِ، وَيُفَرَّقُ بَأَنَّ العُلُقَةَ فِي العَبْدِ أَقْوَى؛ لِمَلِكِهِ^(٢) عَيْنُهُ وَمَنَافِعُهُ

(٢) فِي (ج): «لِلْمَلِكِ».

(١) «أَسَى الْمُطَالِبِ» (١١٢/٢)

أصالة، وأمّا العامل فهو وكيلٌ قبلَ ظهورِ الرِّبحِ شريكٌ بعده فليُحرَزَ حكمُهُ، وأنَّ العبدَ لو غَرِمَ بعدَ العِتقِ فيما لو تصرَّفَ بغيرِ إذنِ سيِّده وتلفَ المأخوذُ في يدِ السيِّدِ لم يرجعْ على السيِّدِ أيضًا؛ لأنَّه لو غَرِمَ قبلَ العِتقِ لم يرجعْ؛ فليُراجَع.

ويُطالبُ كُلُّ مِنَ السيِّدِ والعبدِ بِثَمَنِ المبيعِ، ومثلهما الوكيلُ والموكلُ، ومحلُّ ذلك في البيعِ الصَّحيحِ؛ لأنَّ الإذنَ لا يتناولُ الفاسِدَ، فالمأذونُ في الفاسِدِ كغيرِ المأذونِ، فيتعلَّقُ الثَّمَنُ بذمِّه لا بكسبه، صرَّحَ به البَغَوِيُّ^(١).

ولو أذنَ لعبدِهِ في استِيامِ عينٍ فاستامها فتلفَت في يده تعلَّقَ ضَمَانُهَا بذمِّه السيِّدِ والعبدِ، وقال الإمام: الأقيسُ أنَّه لا يتعلَّقُ بذمِّه السيِّدِ.

وفي «فتاوي القاضي» أنَّه لو استامَ عبدٌ بإذنِ سيِّده وتلفَ في الطَّرِيقِ ضَمِنَهُ السيِّدُ، ولو جاءَ عبدٌ إلى رجلٍ وقال: «أرسلني سيِّدي لتعطيني ثوبًا من ثيابك حتَّى يراه لِشِترِيه» فصَدَّقَه ودَفَعَه إليه، فهو كما لو أودَعَ وديعةً عندَ عبدٍ فأتلفها أو تلفَت في يده، قاله القاضي في «فتاويه»، فإنَّ كانَ مصوَّرًا بما إذا تبيَّنَ صدقُه على السيِّدِ دلٌّ على عدمِ ضَمَانِ السيِّدِ، وكانَ موافقًا لِمَا تقدَّمَ عن الإمام.

ولو أرسلَ رجلًا إلى بزازٍ ليأخذَ منه ثوبًا سَوَمًا فتلفَ في الطَّرِيقِ؛ ضَمِنَهُ المُرْسِلُ دونَ الرَّسولِ، كما سيأتي في الوكالةِ عن قضِيَةِ كلامِ البَغَوِيِّ، ويُفرَّقُ بينَ الرَّسولِ والعبدِ حيثُ يضمَّنُ في السَّوْمِ كما تقدَّمَ بقوةَ العُلُقَةِ فيه كما تقدَّمَ، وبخلافِ إتلافِ العبدِ ونحوه ممَّا يثبتُ بغيرِ اختيارٍ أربابه فيتعلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، ولو أودَعَ شيئًا فأتلفَه تعلَّقَ بدلُها بِرَقَبَتِهِ، وإنَّ أذنَ له السيِّدُ في الإيداعِ والإتلافِ، هذا ما تلخَّصَ من نزاعٍ في المسألة.

(١) أسنى المطالب: (٢/ ١١٢).

(فصل) في الصلح

وهو لغة: قَطْعُ التَّزَاعِ، وشرعاً: عَقْدٌ يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ.

(وَيَصِحُّ الصُّلْحُ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١)، وخير ابن حبان^(٢) وصححه: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»، والكفارُ كالمسلمين فيه، وإنَّما خُصُّوا بالذكر؛ لانقيادهم إلى الأحكام غالباً، ولفظه يتعدى غالباً بـ «مِنْ» و«عَنْ» للمُتْرُوكِ، وبـ «عَلَى» والباءِ للمأخوذِ.

وإنَّما يَصِحُّ (مَعَ الْإِقْرَارِ) أي: إقرار المدعى عليه بالمدعى به كما في اليمين المردودة وإن أنكر بعد الإقرار، كما نقله الشُّبَكِيُّ عن المَآوَزِيِّ، وهو ظاهر؛ لثبوت الحق بالإقرار وعدم قبول الإنكار، أو كان الإقرار حُكْمِيًّا فلا يَصِحُّ مع إنكاره، وكذا مع سكوته كما أفهمه كلامُ المُصَنِّفِ، وصرَّح به في «المطلب» عن سُليمان الرَّازِيِّ وغيره، نعم لو أقام المدعي بيته بعد الإنكار صحَّ الصُّلْحُ أي: الواقع بعدها؛ لثبوت الحق بها كثبوتها بالإقرار، قاله المَآوَزِيُّ^(٣) ووافقه الغَزَالِيُّ بعد القضاء بالملك، واستشكله قبله^(٤)؛ لأنَّ له سبيلاً إلى الطعن.

ولو أنكر فصولح ثم أقرَّ كان الصُّلْحُ باطلاً قاله المَآوَزِيُّ^(٥)؛ أي: لأنَّ شرط صحة الصُّلْحِ الإقرار، وهو مُتَتَفٍ حَالُ الْعَقْدِ، فاندفع قولُ الإسْنَوِيِّ^(٦) إذا أقرَّ بأنَّه كان ملكاً للمُصَالِحِ حين الصُّلْحِ، فينبغي الصَّحَّةُ لاتِّفَاقِهِمَا على أنَّ العقد

(١) سورة النساء: ١٢٨.

(٢) «صحيح ابن حبان» (٥٠٩١) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) «الحاوي الكبير» (٣٢١/٦).

(٤) «أسنى المطالب» (٢/٢١٦).

(٥) «المهمات» (٥/٤٥٢).

(٦) «الحاوي الكبير» (٦/٣٧٢).

جَرَى بِشَرْوْطِهِ فِي عِلْمِهِمَا، وَفِي نَفْسِ الْأَمْرِ. انْتَهَى.

أَوْ ثُمَّ قَالَ لَهُ: «بَرَأْتُ مِنَ الْحَقِّ» أَوْ «أَبْرَأْتُكَ عَنْهُ»، أَوْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا فَقَالَ: «مَلَكَتْهَا» فَلَهُ الْعَوْدُ إِلَى الدَّعْوَى، وَلَا يُؤْخَذُ بِالْإِقْرَارِ لِلْعِلْمِ بِأَنَّهُ مُسْتَنَدٌّ إِلَى مَا جَرَى. ذَكَرَ ذَلِكَ فِي «الْأَنْوَارِ»^(١).

وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فَقَالَ: «رَدَدْتُهَا إِلَيْكَ» ثُمَّ صَالَحَهُ، فَفِي «فَتَاوِي الْبَغَوِيِّ»: إِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فَيَكُونُ صُلْحًا عَلَى إِنْكَارٍ، وَإِنْ كَانَتْ مَضْمُونَةٌ فَقَوْلُهُ فِي الرَّدِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ، وَقَدْ أَقْرَبَ بِالضَّمَانِ فَيَصِحُّ الصُّلْحُ.

قَالَ: وَيُحْتَمَلُ بَطْلَانُهُ فَإِنَّهُ لَمْ يَقَرَّ أَنَّ عَلَيْهِ شَيْئًا، وَإِذَا صَالَحَ عَلَى الْإِنْكَارِ وَكَانَ الْمُدَّعَى مُحَقَّقًا حَلَّ لَهُ بَاطِنًا أَنْ يَأْخُذَ مَا بَدَّلَ لَهُ، قَالَهُ الْمَاوَرَدِيُّ^(٢).

وَفَرَضَهُ فِي صُلْحِ الْحَطِيطَةِ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى غَيْرِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَفِيهِ كَمَا قَالَ الْإِسْنَوِيُّ^(٣) مَا يَأْتِي فِي مَسْأَلَةِ الظَّفَرِ، وَلَا يُتَصَوَّرُ صُلْحٌ عَلَى قَدْرِ الْمُدَّعَى مِنْ جَنْبِهِ، وَلَوْ كَانَ الْمُنْكَرُ قَدْ وَقَفَ^(٤) الْأَرْضَ الْمُدَّعَاةَ فَصَالَحَ عَنْهُ أَجَنْبِيٌّ جَارًا؛ لِأَنَّهُ بَذَلَ مَالٍ فِي قُرْبَةٍ، وَلَوْ بَذَلَ لِلْمُنْكَرِ مَا لَا لِيَقَرَّ ففَعَلَ كَانَ الصُّلْحُ فَاسِدًا؛ لِبَنَائِهِ عَلَى فَاسِدٍ.

وَهَلْ يَكُونُ بِذَلِكَ مَقْرَأًا؟ وَجَهَانٍ. قَالَ شَيْخُ مَشَائِخِنَا: أَوْجَهُهُمَا لَا، وَبِهِ جَرَمُ ابْنِ كُجٍّ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِشَرْطٍ^(٥).

(٢) «المعاوي الكبير» (٦/٣٧١).

(٤) فِي (ع): «وَصَف».

(١) «الأنوار» (١/٥٦٦).

(٣) «المهمات» (٥/٤٤٧).

(٥) «أسنى المطالب» (٢/٢١٨).

ولو وكلَّ المُنْكَرُ أَجْنَبِيًّا فِي الصُّلْحِ عَنْهُ صَحَّ التَّوَكُّلُ أَي: فَلَهُ الْمُصَالِحَةُ عَنْهُ
بَعْدَ ذَلِكَ بِشَرْطِهِ، قَالَ فِي «الْأَنْوَارِ»^(١): وَلَوْ صَالَحَ مِنَ الْإِنْكَارِ، ثُمَّ قَالَ: «بَرِئْتُ
مِنَ الْحَقِّ» أَوْ «أَبْرَأْتُكَ عَنْهُ»، أَوْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا فَقَالَ: «مَلَكَتُهَا» فَلَهُ الْعَوْدُ إِلَى
الدَّعْوَى، وَلَا مُؤَاخَذَةً^(٢) لِلْإِقْرَارِ بِالْعِلْمِ بِأَنَّهُ مُسْتَنَدٌّ إِلَى مَا جَرَى. انْتَهَى.

وَالْوَجْهُ خِلَافُهُ فِي «أَبْرَأْتُكَ» حَيْثُ قَصَدَ بِهِ الْإِنْشَاءَ أَوْ أَطْلَقَ، وَقَدْ أَطْلَقَ
الرَّافِعِيُّ^(٣) وَغَيْرُهُ أَنَّهُ لَوْ أَبْرَأَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهُوَ مُنْكَرٌ وَقُلْنَا: لَا يَفْتَقِرُ الْإِبْرَاءُ
إِلَى الْقَبُولِ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَقِلٌّ بِهِ، وَهُوَ شَامِلٌ لِمَا إِذَا جَرَتْ مُصَالِحَةٌ، وَإِنْ قَالَ
بَعْضُهُم: الظَّاهِرُ أَنَّهُ حَيْثُ لَمْ تَجِرْ مُصَالِحَةٌ، وَأَفْتَى النَّوَوِيُّ بِأَنَّهُ لَوْ اسْتَوْفَى دَيْنَهُ
مِنْ مَالٍ حَرَامٍ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ وَأَبْرَأَهُ فَإِنْ أَبْرَأَهُ بَرَاءَةٌ اسْتِيفَاءٍ لَمْ يَصِحَّ، وَالَّذِينَ بَاقٍ فِي
ذَمِّهِ، أَوْ بَرَاءَةٌ إِسْقَاطٍ سَقَطَ.

وَالَّذِي يَتَّبِعُهُ أَنَّ الْمُرَادَ بِبَرَاءَةِ الْاسْتِيفَاءِ: الْحُكْمُ بِالْبَرَاءَةِ لَوْ جُودَ الْاسْتِيفَاءِ
وَمَا لَهُ الْإِقْرَارُ بِهَا لَا حَقِيقَةَ الْإِسْقَاطِ، وَإِلَّا فَلَا وَجْهَ إِلَّا السَّقُوطُ.

وَلَا بَدَأَ أَيْضًا فِي صَحَّةِ الصُّلْحِ مِنْ سَبْقِ خُصُومَةٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الْحَاكِمِ؛
لِأَنَّ لَفْظَهُ يَسْتَدْعِيهِ، فَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبَقِهَا: «صَالِحَنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا» لَمْ
يَصِحَّ، نَعَمْ إِنْ نَوَّيَا بِهِ الْبَيْعَ صَحَّ فَهُوَ كُنَايَةٌ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ لَعَرِيمِهِ بِلَا خُصُومَةٍ:
«أَبْرَأْتُكَ مِنْ دَيْنِكَ عَلَى كَذَا» فَأَبْرَأَهُ جَازَ.

وَأَمَّا يَصِحُّ الصُّلْحُ مَعَ مَا ذَكَرَ (فِي الْأَمْوَالِ) أَي: بِسَبَبِهَا وَعَنْهَا، وَمِنْهَا
الْمَنَافِعُ، وَقَدْ صَرَّحَ الرَّافِعِيُّ فِي الْوَصَايَا بِشُمُولِ اسْمِ الْأَمْوَالِ لَهَا، (وَمَا يُفْضِي
إِلَيْهَا) مِنَ الْحُقُوقِ الَّتِي تَعَوَّضُ هِيَ عَنْهَا؛ كَالْقَوْدِ فِي نَفْسٍ أَوْ مَا دُونَهَا، فَلَوْ

(١) «الأنوار» (١/٥٦٦). (٢) فِي (ج): «بِوَاحِدَةٍ».

(٣) «الشرح الكبير» (٥/٩١).

صَالِحٌ مُسْتَحَقُّهُ مِنْهُ عَلَى شَيْءٍ صَحَّ، لَكِنْ لَوْ صَالِحٌ مِنْهُ عَلَى مَالٍ بِلَفْظِ الْبَيْعِ لَمْ يَصِحَّ؛ إِذْ لَا دَخَلَ لَهُ فِيهِ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْأَمْوَالِ وَمَا يُفْضِي إِلَيْهَا كَحَدِّ الْقَذْفِ، نَعَمْ قَالَ السَّبْكِيُّ: يَصِحُّ الصَّلُحُ عَلَى مَنَافِعِ الْكَلَابِ مَدَّةً مَعْلُومَةً. انْتَهَى. قَالَ بَعْضُهُمْ: وَفِيهِ بِمَالٍ نَظَرٌ. انْتَهَى.

وَكَالْكَلَابِ: غَيْرُهَا مِنْ الْأَخْتِصَاصَاتِ وَغَيْرِهَا؛ كَجُلُودِ الْمَيْتَةِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَيُمْكِنُ دَفْعُ النَّظَرِ بِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ جَوَازِ اخْتِذِ الْمَالِ فِي مَقَابِلَةِ إِسْقَاطِ حَقِّهِ لَهُ مِنْ الْأَخْتِصَاصِ مَدَّةً أَوْ مُطْلَقًا، وَلَيْسَ فِيهِ مَقَابِلَةُ الْأَخْتِصَاصِ بِالْمَالِ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ.

(وَهُوَ) أَيِ: الصَّلُحُ بِاعْتِبَارِ الْوَاقِعِ مِنْهُ غَالِبًا (تَوْعَانِ: إِبْرَاءً، وَمُعَاوَضَةً).

(فَالْإِبْرَاءُ): مَا فِيهِ (اِقْتِصَارٌ مِنْ حَقِّهِ) الدِّينِ (عَلَى بَعْضِهِ) الْمُعَيَّنِ كَنَصْفِهِ، وَيَصِحُّ بِلَفْظٍ نَحْوِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَالْإِسْقَاطِ وَالصَّلُحِ نَحْوُ: «أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِ مِثَّةٍ مِنَ الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْكَ» أَوْ «حَطَطْتُهَا» أَوْ «أَسْقَطْتُهَا عَنْكَ» وَ«صَالَحْتُكَ عَلَى الْبَاقِي»، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي ذَلِكَ قَبُولٌ، وَنَحْوُ: «صَالَحْتُكَ عَلَى الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْكَ عَلَى خَمْسِ مِثَّةٍ» لَكِنْ يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ فِي ذَلِكَ، فَلَوْ عَيَّنَ الْخَمْسَ مِثَّةً صَحَّ أَيْضًا كَمَا قَالَه جَمْعٌ مِنْهُمْ الْبَغَوِيُّ^(١)، وَاقْتِضَاهُ كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ^(٢)، وَقَالَ الْإِمَامُ: لَا يَصِحُّ، وَتَبِعَهُ الْإِسْنَوِيُّ، وَجَزَمَ بِهِ فِي «الرَّوْضِ»^(٣)، وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ.

(وَلَا يَجُوزُ) أَيِ: لَا يَجِلُّ وَلَا يَصِحُّ (فَعَلُهُ) أَيِ: الْإِبْرَاءُ (عَلَى شَرْطٍ) نَحْوُ «أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسَةِ مِنَ الْعَشْرَةِ الَّتِي لِي عَلَيْكَ» وَ«صَالَحْتُكَ عَلَى الْبَاقِي» أَوْ

(١) «التَّهْدِيبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» (٤/١٤٤).

(٢) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٩٣/٥)، وَ«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٤/١٩٦).

(٣) «رَوْضَةُ الطَّالِبِ» (ص ٣٧٩).

«صالحتك من العشرة التي لي عليك على خمسة إن دخلت الدار أو أبرأتني من كذا».

(والمعاوضة): ما فيه (عدولُهُ مِنْ حَقِّهِ) مِنْ حَقِّ الدَّيْنِ أو الْعَيْنِ (إِلَى غَيْرِهِ) مِنْ عَيْنٍ أو دَيْنٍ؛ كَأَنْ صَالَحَ مِنْ دَارٍ، أو دِينَارٍ مَعْيَنٍ، أو فِي الذِّمَّةِ عَلَى ثَوْبٍ، أو عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ عَلَى التَّعْيِينِ أو فِي الذِّمَّةِ.

(وَيَجْرِي عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْمُعَاوَضَةِ وَذِكْرُ الضَّمِيرِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا صُلْحٌ، أو عَلَى الْعُدُولِ (حُكْمُ الْبَيْعِ) أَي: أَحْكَامُهُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَفْرَادِهِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بِصِغَتِهِ الْمَشْهُورَةِ، فَتَبَيَّنَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ، وَالْخِيَارُ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَمَنْعُ التَّصَرُّفِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَاشْتِرَاطُ التَّقَابُضِ فِي الْعَوَاضِينَ فِي الْمَجْلَسِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا، مَعَ التَّسَاوِي فِي مَعْيَارِ الشَّرْعِ إِنْ اتَّحَدَ جَنْسُهُمَا الرِّبَوِيُّ كَمَا لَوْ صَالَحَ فِي أَلْفِ دَرَاهِمٍ مَعْيَنَةً عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمٍ أُخْرَى مَعْيَنَةً أو فِي الذِّمَّةِ، وَأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ ذَلِكَ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

وتعيسُ العِوضِ فِي الْمَجْلَسِ فِيمَا لَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى آخَرٍ لَمْ يُوَافِقْهُ فِي عِلَّةِ الرِّبَا وَكَوْنُ الدَّيْنِ الْمُصَالِحِ عَلَيْهِ مِمَّا يَجُوزُ الْإِعْتِيَاضُ عَنْهُ؛ كَدَيْنِ الْقَرْضِ، وَالْإِتْلَافِ، وَثَمَنِ الْمَبِيعِ، بِخِلَافِ دَيْنِ السَّلَمِ وَنَحْوِهِ.

وشمِلَ قَوْلُهُ: «إِلَى غَيْرِهِ» الْعُدُولَ إِلَى الْمَوْصُوفِ بِصِفَةِ السَّلَمِ، كَمَا لَوْ صَالَحَ مِنْ عَيْنٍ أو دَيْنٍ عَلَى عَبْدٍ أو ثَوْبٍ مَوْصُوفٍ كَذَلِكَ، فَيَكُونُ سَلَمًا تَعْتَبَرُ فِيهِ أَحْكَامُهُ.

وَمِنْ هُنَا يُعْلَمُ انْعِقَادُ السَّلَمِ بِلَفْظِ الصُّلْحِ، وَإِنْ اقْتَصَرُوا فِي بَابِهِ عَلَى اعْتِبَارِ كَوْنِهِ بِلَفْظِ السَّلَمِ أو السَّلَفِ.

وفي «الروضة»^(١) و«أصلها»^(٢) أنه لو كان له في يد رجل ألف درهم وخمسون دينارًا فصالحه من ذلك على ألفي درهم لم يجز، ولو كان المبلغ المذكور دينًا فصالح منه على ألفي درهم جاز، والفرق أنه إذا كان في الذمة فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه فيجعل مستوفيًا لأحد الألفين ومعتاضًا عن الدينانير الألف الأخرى، وإذا كان معينًا كان الصلح عنه اعتياضًا، وكأنه باع ألف درهم وخمسين دينارًا بألفي درهم وهو من صور «مُدَّ عَجْوَةً» بخلاف مسألة الإمام السابقة؛ لأن الصلح فيها صلح حطيطه فيعُدُّ فيها الاعتياض.

(وَيَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ الْمُسْلِمِ وَلَوْ بغيرِ إِذْنِ الْإِمَامِ أَنْ يُشْرَعَ) أي: يُخْرِجَ (رَوْشَنَا فِي طَرِيقِ نَافِذٍ) بِالْمُعْجَمَةِ، وَيَعْبَرُ^(٣) عَنْهُ بِالشَّارِعِ، وَإِنْ أَخَذَ أَكْثَرَ هَوَاءِ الطَّرِيقِ أَي: أَوْ جَمِيعَهُ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، (لَا يَسْتَصْرِ) أَي: لَا يَتَضَرَّرُ (الْمَارُّ بِهِ) فِي مَرُورِهِ فِيهِ ضَرَرًا لَا يُحْتَمَلُ عَادَةً فِيمَا يَظْهَرُ، بَأَنْ يَرْفَعَهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ نَحْتَهُ الْمَارُّ مُتَنَصِّبًا، قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ^(٤): وَعَلَى رَأْسِهِ الْحُمُولَةُ الْعَالِيَةُ، وَكَذَا الْمَحْمَلُ مَعَ الْكَنِيسَةِ^(٥) فَوْقَهُ عَلَى الْبَعِيرِ إِنْ كَانَ مَمَرُ الْفَرَسَانِ وَالْقَوَافِلِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفَقُ ذَلِكَ، وَلَوْ أَحْوَجَ إِلَى وَضْعِ الرَّمْحِ عَلَى الْكَتِفِ لَمْ يَضُرَّ.

وَيُسْتَرَطُّ أَلَّا يُظْلِمَ الْمَوْضِعُ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ أَي: إِظْلَامًا لَا يُحْتَمَلُ عَادَةً عَلَى مَا مَرَّ.

فَإِنْ أَشْرَعَ فِيهِ مَا يَتَضَرَّرُ الْمَارُّ بِهِ، أَوْ غَرَسَ فِيهِ شَجَرَةً، أَوْ بَنَى فِيهِ دَكَّةً وَإِنْ أَذِنَ فِيهِمَا الْإِمَامُ وَكَانَ بَفْسَاءِ دَارِهِ وَلَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِمَا الْمَارُّ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ شَغْلَ

(١) «روضة الطالبين» (٤/١٩٧).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/٩٠).

(٣) فِي (ج): «وَعَبَرُ».

(٤) «الحاوي الكبير» (٦/٣٧٧).

(٥) أَي: أَعْوَادَ مَرْتَفَعَةٍ عَلَيْهِ مَعْدَةٌ لِأَنَّهُ يَوْضَعُ عَلَيْهَا سِتْرَةٌ تَقِي الرَّاكِبَ مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَتَسْتَرُهُ. «أَسَى

المطالب» (٢/٢١٩).

المكان بذلك مانعٌ من الطُروقِ وقد تزدحمُ المارةُ فيصطكُون به.

وقد استُشكلَ هذا التعليلُ بجوازِ غرسِ الشجرةِ في المسجدِ مع الكراهةِ.

وأجيبَ بأنَّ محلَّه إذا كان لعمومِ المسلمين، بدليلِ أنَّهم لا يُمنعونَ من الأكلِ مِن ثمارِها وإنْ غرسَها للمسجدِ ليصرفَ ريعَها له، فالمصلحةُ عامَّةٌ أيضًا بخلافِ ما هنا، وقضيَّتهُ كما قال شيخُ مشايخنا جوازُ مثلِ ذلكِ في الشارعِ حيثُ لا ضررَ. انتهى.

أي: بالنسبةِ للشجرةِ فقط فيما يظهر؛ لظهورِ الفرقِ بينها وبينَ الدُّكَّةِ، نعم ذكروا في الجِنَايَاتِ أنَّه يجوزُ حفرُ البئرِ في الشارعِ لمصلحةٍ نَفْسِهِ بإذنِ الإمامِ حيثُ لا ضررَ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ الحاجةَ إلى الماءِ أكْدُ، والفرقُ بينَ الجَنَاحِ ونحوِ الدُّكَّةِ حيثُ فصلٌ في الأوَّلِ دونَ الثاني واضحٌ، لكنْ نَقَلَ الشَّيْخَانِ في الجِنَايَاتِ عَنِ الْكَثَرِينَ أَنَّ لِلْإِمَامِ مَدْخَلَ فِي إِقْطَاعِ الشُّوَارِعِ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمُقْطَعِ أَنْ يَبْنِيَ فِيهِ وَيَتَمَلَّكَه.

وقد يجابُ بأنَّ غايةَ ذلكِ ثبوتُ خلافٍ في المسألةِ اعتمدًا^(١) كغيرِهما منه ما هنا، وقضيَّةُ كلامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ فِيمَا تَقَرَّرَ بَيْنَ مَا أَحْيَى طَرِيقًا وَمَا أَوْقَفَهُ مَالُكَهُ طَرِيقًا وَهُوَ الْأَوْجَهُ، وَمُقْتَضَى كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ^(٢).

وُسُئِلَ الْقَاضِي عَمَّنْ رَفَعَ التُّرَابَ عَنِ الطَّرِيقِ الْوَاسِعِ وَضَرَبَ اللَّبْنَ وَاتَّخَذَ الْكِيزَانَ وَبَاعَهَا وَلَا ضَرَرَ عَلَى النَّاسِ؟ فَأَجَابَ بِأَنَّهُ مَكْرُوهٌ، وَإِذَا فَعَلَ وَبَاعَ لَا يُفْسَخُ الْعَقْدُ. انتهى.

(١) في (ج): «اعتمده».

(٢) «الشرح الكبير» (٩٦/٥)، و«روضة الطالبين» (٢٠٤/٤).

ولعلّه في غير الموقوف ولا منع أيضًا ممّا يُحتمل عادةً كعجن الطين إذا بقي مقدارُ مرورِ النَّاسِ، وإلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تركت بقدرِ نفلها وربط الدواب فيه بقدر حاجة النّزول والركوب والرّش الخفيف، بخلاف ما لا يُحتمل كإلقاء القمامات والتراب والحجارة والحفر التي بوجه الأرض والرّش المفرط، ومثله إرسال الماء من الميازيب إلى الطّريق الضيّقة، وإلقاء النّجاسة فيه كما قاله الرّزكشي، قال: بل هو في معنى التخلّي^(١). انتهى.

والوجه تقييده بما لو ضرر ضررًا لا يُحتمل عادةً لكثرتّه، وحيث فعل ما منع منه أزاله الحاكم دون الأحاد كما في «المطلب»؛ لخوف الفتنة، فإن أمنت لم يبعد الجواز لهم أيضًا، نعم لهم المطالبة بإزالته كما قاله سليم؛ لأنّه من إزالة المنكر. وخرج بالمسلم: غيره، فلا يجوز له الإشراع مطلقًا وإن جاز له الاستطراق؛ لأنّه كإعلاء بنائه على بنائنا أو أبلغ.

ويؤخذ منه ما بحثه الأذرعّي من اختصاص المنع بشوارعنا، بخلاف شوارعهم المخصّصة بهم في دارنا، وأفتى أبو زُرعة أخذًا من ذلك بمنعه من البروز في البحر بينائه على المسلمين، قال الجرّجاني وغيره: ولا يجوز الإشراع في هواء المسجد، والحقّ به الأذرعّي ما قرب منه كمدرسة ورباط، وتردّد في المقبرة، ولعلّ الأوجه المنع حيث لم يختصّ به.

ولو انهدم روضته فسبّته جاره إلى وضع آخر في مُحاذاته صار أحقّ، وإن كان بحيث يمنع إعادة الأوّل ومع عزم صاحبه على إعادته، نعم لو بنى دارًا في موات وجعل لها روضًا ثم بنى آخر دارًا بمُحاذاته واستمرّ الشارع استمرّ حقّ الأوّل.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/٢١٩)

وإن انهدم رَوْشَنهُ فليس لجارِهِ وضع رَوْشَنٍ أي: يُعارضُ حقَّه إلَّا بإذنه؛ لَسَبِقَ حقُّه بالإحياء، وله إخراج رَوْشَنٍ تحت رَوْشَنٍ جارِهِ، وكذا فوقه إن لم يضرَّ المارَّ عليه، ومقابلَه إن لم يبطل انتفاعُ صاحبه، ولو أخرج رَوْشَنًا إلى ملكه ثُمَّ سَبَلَ ما تحتَه شارعًا وهو يضرُّ المارَّةَ أَمَرَ برفعِه على ما بحثه الزَّرْكَشِيُّ.

(وَلَا يَجُوزُ) أي: إشرع الرَوْشَن (فِي الدَّرَبِ الْمُشْتَرَكِ) وهو غالبًا الطريقُ غيرُ النَّافِذِ لا لغيرِ الشُّركاء ولا لبعضهم (إِلَّا بِإِذْنِ) مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي مَحَلِّ الإِشْرَاعِ مِنْ كُلِّ (الشُّرَكَاءِ) فِيهِ أَوْ بَعْضِهِمْ فِي الصُّورَتَيْنِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ نَاقِصٌ بِصَبِيٍّ أَوْ غَيْرِهِ فَلَا بَدَّ مِنْ إِذْنِهِ بَعْدَ كَمَالِهِ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْبَغَوِيُّ فِي الطُّفْلِ، وَمِثْلُهُ غَيْرُهُ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ تَضَرَّرُوا بِهِ أَمْ لَا، وَهُمْ مَنْ نَفَذَتْ أَبْوَابُهُمْ إِلَيْهِ، وَالْمُرَادُ كَمَا أَخَذَهُ الزَّرْكَشِيُّ مِنْ كَلَامٍ غَيْرِهِ مَنْ لَهُ الْمُرُورُ فِيهِ إِلَى مَلِكِهِ وَلَوْ نَحْوِ بَنِي أَوْ حَانُوتٍ لَا مَنْ لَا صَقَّهُ جِدَارُهُمْ، وَيَخْتَصُّ شَرَكَةُ كُلِّ مِنْهُمْ بِمَا بَيْنَ بَابِهِ وَرَأْسِ الدَّرَبِ فَلكُلِّ الْمَنْعُ فِيمَا لَهُ فِيهِ شَرَكَةٌ دُونَ غَيْرِهِ، وَكَالشُّرَكَاءِ الْمُكْتَرِي إِنْ تَضَرَّرَ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْبَغَوِيُّ وَنَقَلَهُ فِي «الْكَفَايَةِ» وَغَيْرِهَا عَنْ أَبِي الْفَضْلِ التَّمِيمِيِّ، وَمِثْلُهُ الْمُوصَى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ^(١).

وَلَا يَجُوزُ الصَّلْحُ عَلَى الإِشْرَاعِ بِمَالٍ؛ لِأَنَّ الْهَوَاءَ لَا يُقَرَّدُ بِالْبَيْعِ، وَكَالِإِشْرَاعِ غَيْرِهِ مِمَّا تَقَدَّمَ امْتِنَاعُهُ فِي الشَّارِعِ، وَكَذَا مَا تَقَدَّمَ جَوَازُهُ فِيهِ مِنْ كُلِّ مَا لَا يُتَسَامَحُ بِهِ عَادَةً فِيمَا يَظْهَرُ، بِخِلَافِ مَا يُتَسَامَحُ بِهِ كَذَلِكَ، وَقَدْ جَوَّزُوا لغيرِ الشُّركاءِ فِيهِ دَخُولَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَلَالِ الْمُسْتَفَادِ بِقَرِينَةِ الْحَالِ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَقَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ لَامْتِنَاعِ الْإِبَاحَةِ مِنْهُ وَمِنْ وَلِيِّهِ، وَقَدْ تَوَقَّفَ الشَّيْخُ عَزُّ الدِّينِ فِي مَسَائِلَ قَرِيبَةٍ مِنْ ذَلِكَ كَالشُّرْبِ مِنْ أَنْهَارِهِمْ^(٢). انْتَهَى.

(١) ينظر. «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢١).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢١).

والظاهرُ وفاقاً لشيخ مشايخنا كغيره الجوازُ وإن كان الورعُ خلافه، ومن ذلك ما قاله الأصحابُ من أنَّه يجوزُ المُرورُ بملكٍ غيره إذا لم يصِرْ به طريقاً للنَّاسِ، وظاهرُ كما قال أنَّ محلَّه فيما جرَّتِ العادةُ بالمُسامحةِ بالمُرورِ فيه^(١).

وقولُ القاضي: «ليس لغيرهم الجلوسُ فيه بغيرِ إذنهم» يتعيَّنُ حملُه على ما لا يُستامَحُ به، ويجوزُ لبعضِ الشُّركاءِ دخوله وإن لم يأذنِ الباقرُ بل وإن منعوا، بخلافه في العَرَضَةِ^(٢) المُشترَكَةِ؛ لأنَّ التَّوقُّفَ على الإذنِ هنا يُؤدِّي إلى تعطيلِ الأملاكِ بخلافه ثمَّ^(٣)، قاله القاضي.

ولو وقَّفَ أحدهم داره مسجداً، أو كان هناك مسجداً قديماً شارَكهم المسلمون في المُرورِ إليه فيُمنعون من السَّدِّ والقِسْمَةِ، صرَّح به الشَّيْخَانِ^(٤).
وكالمسجد فيما ذُكِر: ما سُبِّلَ، أو وقَّفَ على جهةٍ عامَّةٍ؛ كثيرٌ، ومدرسة، ورباط، نَبَّهَ على ذلك الزُّركَشِيُّ^(٥).

(وَيَجُوزُ) لبعضِ الشُّركاءِ ولو بغيرِ إذنِ الباقي (تَقْدِيمُ الْبَابِ) لداره (فِي الدَّرَبِ الْمُشْتَرَكِ) إلى جهةِ رأسه بأن يفتحَ آخرَ أَقْرَبَ إلى رأسه مِنَ الْأَوَّلِ مع استطرَاقه منه إن سُدَّ الْأَوَّلُ بأن لم يستطرُقْ منه لتركه بعضُ حقِّه، فإن لم يُسَدَّ الْأَوَّلُ بأن استطرُقْ منه أيضاً لم يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِ مَنْ بَابَهُ أَبْعَدُ مِنَ الْجَدِيدِ، سواءً فيه مقابلُ القديم وما بينهما، وكذا مَنْ بَابَهُ مُقَابِلُ الْجَدِيدِ على ما صرَّح به

(١) ينظر: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/ ٢٢١).

(٢) كَذَا فِي (ع)، وَفِي (ك)، (ش)، (ص): «الرَّوْضَةُ». وَفِي (ج)، (ن): «الْوَصِيَّة».

وَفِي «الْقَامُوسِ الْمُحِيطِ» (ص ٦٢٣): «الْعَرَضَةُ: كُلُّ بَقْعَةٍ بَيْنَ الدُّوَرِ وَاسِعَةٍ لَيْسَ فِيهَا بِنَاءٌ»

(٣) أَي: فِي الْعَرَضَةِ الْمُشْتَرَكَةِ. «حَوَاشِي الشَّرَوَاتِي عَلَى النُّحْفَةِ» (٥/ ٢٠٧).

(٤) «الشرح الكبير» (٥/ ١٠٠)، و«رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٣/ ٤٤٣).

(٥) ينظر: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/ ٢٢١).

شيخ مشايخنا؛ وذلك للتضرر بزيادة الزحمة وقوف الدواب، بخلاف من بابه أقرب من الجديد، إذ لا حق له في محل الفتح.

(ولا يجوز) له (تأخيرُهُ) أي: الباب إلى جهة سفلي الدرب وإن سُدَّ الأوَّل (إلا بإذن) ممن بابه أبعد من القديم، بخلاف من بابه أقرب منه أو مقابله كما نقله في «الروضة»^(١) في الثانية عن الإمام وأقره، وعبر عنه بالباب المفتوح.

ومن نازع فيه «بأنَّ المقابل للمفتوح مشارك في القدر المفتوح فيه فله المنع» فقد فهم أنَّ المراد به الجديد بدليل ما علَّل به، وليس كذلك، وليس لغير أهل الدرب فتح باب فيه للاستطراق منه إلا برضاهم، بخلاف فتحه لغير الاستطراق، نعم إن كان فيه مسجد قديم جاز ولو بغير رضاهم فتحه للاستطراق؛ لأنَّه حينئذ كالشارع، والكلام في مُجرِّد الفتح للاستطراق، فإن صحبه نحو بُرُوز بعنَّيته أو أسكُفَّته في الطَّريق، أو جعل راجع عليه من خارج كان كالرُّوشن كما هو ظاهر، فيفصلُ فيه بين المضر وغيره، وحيث جاز الفتح أو الإشرع بالإذن فرجع الأذن بعد الإشرع أو الفتح جاز في الأولى مطلقاً، ولا يلزمه الرجوع شيء كما قاله الإمام فيما إذا كان المأذون أجنبياً، بخلاف رجوعه في أرض أعارها لبناء أو غراس، فإنَّه لا يقلع مجاناً.

قال الشيخان^(٢): والقياس أنَّه لا فرق.

وفرَّق غيرُهما بأنَّ الرجوع هناك يترتب عليه القطع، وهو خسارة، فلم يجز الرجوع مجاناً، بخلافه هنا لا يترتب عليه خسارة؛ لعدم اقتضائه لزوم سدِّ

(١) «روضة الطالبين» (٢٠٨/٤)

(٢) «الشرح الكبير» (٣٨٥/٥)، و«روضة الطالبين» (٢١٠/٤)

الباب، وخسارة فتحه إنما تترتب على الإذن لا على الرجوع مع أن فتحه لا يتوقف على الإذن، وإنما المتوقف عليه الاستطراق.

ويؤخذ منه أن الحكم كذلك إذا كان المأذون شريكاً وهو ظاهر، وامتنع في الثانية إذا كان المأذون شريكاً، ولو صالح بمال على الإشرع أو الفتح امتنع في الأول؛ لأن الهواء لا يُباع مفرداً، وجاز في الثاني؛ لأنه انتفاع بالأرض، ثم إن قدرُوا مدة واحدة فهو إجارة، وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد فهو بيع جزء شائع من الدرب، ومحل ذلك كما قال الأذرعِي إذا لم يكن بالدرب مسجد أو نحوه كدار موقوفة على معين أو غيره، وإلا فلا يجوز؛ إذ البيع لا يتصور في الموقوف وحقوقه.

قال: وأمّا الإجارة فيتجه فيها تفصيل لا يخفى على الفقيه استخراجُه^(١). انتهى. وظاهره جواز الإجارة على التفصيل وإن كان نحو المسجد قديماً، فليُناظر.



(فصل) في الحوالة

بفتح الحاء أفصح من كسرهما، من التحوّل والانتقال.
وهي شرعاً: عقد يقتضي نقل دين من ذمّة إلى ذمّة، ويطلق على انتقاله من ذمّة إلى أخرى.

(وشرائط صحّة الحوالة أربعة):

أحدها: (رضا المحيل) والمراد به الإيجاب، وإن لم يكن بلفظ الحوالة فيكفي ما يؤدّي معناه؛ كـ «أحلّتك بعشرتك التي عليّ على فلان بعشرتي عليه»، أو «نقلْتُ حقّك إلى فلان»، أو «جعلْتُ ما استحقّقه على فلان لك»، أو «ملكْتُك الدّين الذي عليه بحقّك».

قال المتولّي: وهل تنعقد بلفظ البيع؟ إن راعينا اللفظ لم تنعقد، أو المعنى انعقدت كالبيع بلفظ السّلم^(١). انتهى.

والمرجّح غالباً اعتبار اللفظ، وقضيّته عدم الانعقاد هنا.

ولو قال: «أحلّتك على فلان بكذا» ولم يقل «بالدين الذي لك عليّ» قال شيخ مشايخنا: فهو كناية كما يؤخذ من كلامهم أواخر الباب، وصرّح البلّيني وغيره بتصحيحه^(٢). انتهى.

وفيه نظر؛ لأنّه أراد بكلامهم أواخر الباب قولهم في هذه الصّورة أنّه لو ادّعى المدين أنّه أراد الوكالة صدّق بيمينه؛ لأنّه أعرف بإرادته، وهو لا يدلّ لما

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٣٠).

(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ١٠٨).

ذكره؛ لأن أكثر ما لزم منه قبول هذه الصيغة الصرف عن الحوالة، ومجرد ذلك لا يقتضي كونها كناية؛ لأن قبول الصرف لا ينافي الصراحة، بل قوة عبارتهم في هذه الصورة تدل على أن الانصراف عن الحوالة إنما هو عند إرادته، وقضية ذلك الحمل على الحوالة عند الإطلاق كما يدرك ذلك بالتأمل الصادق، ومن ثم اعتمد بعض أكابر شيوخنا الصراحة.

وإنما عبر بالرضا دون الإيجاب مع أنه المراد تنبيها على عدم وجوبها ولو بطلل المحتال دفعا لتوهم وجوبها لكونها طريقا إلى الخروج من الحق الواجب في الجملة.

(و) الثاني: (قبول المحتال) وعبر به دون الرضا تنبيها على أنه المراد برضا المحتال؛ لأن المفهوم من القبول ما كان من الإيجاب، ولم يعكس لأن دلالة القبول على الإيجاب أتم من عكسه؛ إذ قد ينفرد الإيجاب عن اعتبار القبول مطلقا بخلاف القبول.

ونبه بجعله من الشرائط على عدم وجوبه؛ إذ شرط الصحة (إنما يجب)^(١) لغيره ولم يثبت وجوبه هنا، فلا يجب قبول المحتال لكنه يستحب إذا أحيل على مليء أي: وفي طيب المال كما بحثه الأذريعي^(٢)، وعليه حيل خبر: «وإذا أحيل أخذكم على مليء فليحتل»^(٣)؛ لأن الحوالة معاوضة فهي كسائر المعاوضات، وأفهم سكوتها عن المحال عليه أنه لا يشترط رضا وهو الصحيح.

(و) الثالث: (كون الدين الصادق بالمحال به والمحال عليه أي: أن يكون كل منهما ديناً مثلياً أو متقوماً).

(١) في (ج)، (ن): «أنها». (٢) «قوت المحتاح» (٢/٥٩٨).

(٣) رواه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(مُسْتَقَرًّا فِي الذِّمَّةِ) فَلَا تَصِحُّ بَغْيِرِ الدَّيْنِ مِنْ عَيْنٍ أَوْ غَيْرِهَا؛ كَثَمَنْ مَا سَيَشْتَرِيهِ، وَلَا عَلَيْهِ، وَلَا بَغْيِرِ الْمُسْتَقَرِّ كَدَيْنِ السَّلَمِ، وَلَا عَلَيْهِ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ اشْتِرَاطِ الْإِسْتِقْرَارِ ذَكَرَهُ الشَّيْخَانِ^(١) أَيْضًا.

واعتُرِضَ عليهما بأنَّه لا يستقيم؛ لأنَّ الأجرة قبل مُضِيِّ المدة، والصدّاق قبل الدُّخُولِ وَالْمَوْتِ، وَالثَّمَنُ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ وَغَيْرِ ذَلِكَ غَيْرُ مُسْتَقَرَّةٍ، وَمَعَ ذَلِكَ تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِهَا وَعَلَيْهَا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْمُسْتَقَرِّ هُنَا مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، لَا مَا أُمِنَ^(٢) انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِيهِ بِتَلَفِهِ أَوْ تَلَفٍ مُقَابِلِهِ، وَقَدْ يُحْمَلُ الْمُسْتَقَرُّ فِي الذِّمَّةِ عَلَى الثَّابِتِ فِيهَا لِلْإِحْتِرَازِ عَنْ نَحْوِ مَا سَيَقْرِضُهُ، لَكِنْ يَحْتَاجُ حِينَئِذٍ لَتَقْيِيدِهِ بِاللَّازِمِ وَاسْتِثْنَاءِ دَيْنِ السَّلَمِ، وَقَدْ يُحْمَلُ عَلَى الثَّابِتِ اللَّازِمِ وَلَوْ بِالْأَوَّلِ بِنَفْسِهِ فَيَدْخُلُ ثَمَنُ الْمَبِيعِ وَلَوْ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ، وَيَخْرُجُ نَحْوُ مَا سَيَقْرِضُهُ، وَجُعِلَ الْجِعَالَةُ قَبْلَ الْفَرَاغِ، وَلَا بَدَأَ مِنْ اسْتِثْنَاءِ دَيْنِ السَّلَمِ.

(و) الرَّابِعُ: (اتَّفَاقُ مَا فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ) مِمَّا أُحِيلَ بِهِ، (وَ) مَا فِي ذِمَّةِ^(٣) (الْمُحَالِ عَلَيْهِ) مِمَّا أُحِيلَ عَلَيْهِ فِي الْوَاقِعِ، وَعَلِمُ الْعَاقِدَيْنِ (فِي) الْقَدْرِ (وَالْجَنْسِ) كَأَنْ يَكُونَ كُلُّ مِنْهُمَا عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ دَنَانِيرَ، (وَالنَّوْعِ) بِأَنْ يَتَّفَقَا فِي نَحْوِ الصَّحَّةِ وَالْجَوْدَةِ (وَالْحُلُولِ، وَالتَّأْجِيلِ) بِأَنْ يَتَّفَقَا فِي أَحَدِهِمَا، فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ.

وَأَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّه لَا يُشْتَرَطُ اتَّفَاقُهُمَا فِي جَوَازِ الْمُطَالَبَةِ بِمَا حَتَّى لَوْ نَذَرَ عَدَمَ الْمُطَالَبَةِ بِدَيْنِهِ حَيْثُ يَنْعَقِدُ نَذْرُ ذَلِكَ جَازَتْ الْحَوَالَةُ بِهِ وَعَلَيْهِ، بِشَرْطِ حُلُولِ

(٢) فِي (ج): «أَمِنَ».

(١) «رَوَضَةُ الطَّالِبِينَ» (٤/ ٢٣١).

(٣) قَوْلُهُ «فِي ذِمَّةٍ» حَاءٌ فِي (ع) مِنَ الْمَثَلِ

الَّذِينَ الْآخِرِ بِنَاءٍ عَلَى بَقَائِهِ عَلَى حُلُولِهِ وَإِنْ امْتَنَعَتِ الْمُطَالِبَةُ بِهِ، وَهُوَ الْأَوْجَهُ.
وَالظَّاهِرُ وَفَاقًا لِبَعْضِهِمْ جَوَازُ مَطَالِبَةِ الْمُحِيلِ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ النَّذَرَ لَا تَعْلُقُ
لَهُ بِهِ وَلَا فِي الرَّهْنِ وَالضَّمَانِ وَهُوَ كَذَلِكَ، بَلْ لَوْ أَحَالَهُ بِذَيْنِ أَوْ عَلَى ذَيْنِ بِهِ
رَهْنٌ أَوْ ضَامِنٌ انْفَلَكَ الرَّهْنُ وَبَرِيَ الضَّامِنُ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَالْقَبْضِ بِدَلِيلِ سُقُوطِ
حَبْسِ الْمَبِيعِ وَالزَّوْجَةِ فِيمَا إِذَا احْتَالَ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ وَالزَّوْجُ بِالصَّدَاقِ.

وَفَارَقَ الْمُحْتَالُ الْوَارِثَ فِي نَظِيرِهِ مِنْ ذَلِكَ بِأَنَّ الْوَارِثَ خَلِيفَةُ مَوْرَثِهِ فِيمَا
يُثْبِتُ لَهُ مِنَ الْحُقُوقِ، فَلَوْ تَقَايَلَا فِي الْحَوَالَةِ بِنَاءً عَلَى جَوَازِ الْإِقَالَةِ فِيهَا كَمَا
رَجَّحَهُ الْبُلْقِينِيُّ كَالْخَوَارِزْمِيِّ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَمِدُ خِلَافَهُ، كَمَا جَزَمَ بِهِ الرَّافِعِيُّ
لَمْ يَعُدَّ الضَّمَانُ وَالرَّهْنُ لَانْقِطَاعِ حَكْمِهِمَا بِالْحَوَالَةِ، فَلَا يَعُودَانِ إِلَّا بِتَجْدِيدِ،
وَإِفْتَاءِ بَعْضِهِمْ بَعُودِهِمَا خَطَاةَ الزَّرْكَشِيِّ فِيهِ.

وَلَوْ أَقْرَبَ أَنَّ الدَّيْنَ الْمَكْتُوبَ عَلَى فُلَانٍ لَزِيدٍ وَكَانَ بِهِ رَهْنٌ ثَبَتَ لِلْمَقْرَّ لَهُ
بِصِفَتِهِ كَمَا أَفْتَى بِهِ النَّوَوِيُّ، وَلَيْسَ الضَّمَانُ هُنَا كَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ يُشْتَرَطُ لَصَحَّتِهِ
مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ لَهُ دُونَ وَكَيْلِهِ كَذَا قِيلَ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ مَعَ ذَلِكَ مَعْرِفَةُ
الضَّامِنِ لِلْمَضْمُونِ لَهُ، وَالْقِيَاسُ عِنْدَ مَنْ لَا يَكْتَفِي بِمَعْرِفَةِ الْوَكِيلِ مُوَاخَذَةُ
الضَّامِنِ لِلْمَقْرَّ لَهُ حَيْثُ ثَبَتَ ضَمَانُ ذَلِكَ الدَّيْنِ وَلَمْ يَثْبُتْ مَا يَمْنَعُ صَحَّتَهُ.

وَأَفْهَمَ تَعْبِيرُهُ بِذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ اعْتِبَارَ شَخْصٍ يُحَالُ عَلَيْهِ، فَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ
عَلَى تَرْكَةِ الْمَيِّتِ، وَهُوَ مَا أَفْتَى بِهِ جَمْعٌ مُتَأَخِّرُونَ؛ أَخَذًا مِنْ قَوْلِ الْأَصْحَابِ:
لَا بَدَّ فِي الْحَوَالَةِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْخَاصٍ، بِخِلَافِهَا عَلَى ذِمَّةِ الْمَيِّتِ فَتَصِحُّ عَلَى
أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا يُنَافِيهِ قَوْلُهُمْ: «لَا ذِمَّةَ لِلْمَيِّتِ»؛ لِأَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُسْتَقْبَلِ
خَاصَّةً، وَلَوْ كَانَتْ التَّرَكَةُ دِيُونًا لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ عَلَيْهَا أَيْضًا عَلَى الْأَوْجَحِ، وَإِنْ

تردّد فيه الزرّكشي؛ لأنها إن وقعت على ذمّة المدين فهو ليس بمدين للمُحيل فهي حوالة على من لا دين عليه، أو على نفس الديون فلا مُحال عليه، وهذه الديون في حكم الأعيان.

وما ذكره المصنّف من الشروط الأربعة متحققة بالنسبة إلى الولي محيلاً أو محتالاً أو محالاً عليه، وقد ذكر المرعشي أنه لو كان لأحد طفلين على أخيه مالٌ فأحاله الأب بما له على أخيه على نفسه أو على ابن آخر له صغير أي: وقبل له؛ جاز.

وبحث بعضهم امتناع قبول الولي للحوالة بما له مؤليه؛ للتغريب، بخلاف الحوالة على الطفل تجوز، ويُطالب الولي بالتسليم، لكن الأوجه الجواز عند ظهور المصلحة.

(وتبرأ بها) أي: بالحوالة بمجرّدِها (ذمّة المُحيل) عن دين المُحتال، وذمّة المُحال عليه عن دين المُحيل، ويتحوّل دين المُحتال إلى ذمّة المُحال عليه فلا يعود إلى المُحيل بحال، حتّى لو تعدّر الحق بنحو إفلاس المُحال عليه، أو إنكاره الحق، أو الحوالة، أو موته، أو موت شهودها لم يرجع المُحتال على المُحيل، وإن جهل ما ذكر، أو شرط الرجوع به بل تفسد الحوالة بشرطه كما رجّحه الأذرع^(١) وغيره من أوجه إطلاقها في «الروضة»^(٢) و«أصلها»^(٣)؛ لأنّه شرطٌ مخالفٌ لمقتضاها ولا خيار له.

وإن بان المُحال عليه معسراً وقد شرط يساره، أو بان عبداً غير المُحيل بل يطالبه بعد العتق، فإن بان عبداً للمُحيل لم تصحّ الحوالة، وإن كان له في

(١) «قوت المحتاج» (٢/ ٦٠٦ - ٦٠٧). (٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣١ - ٢٣٢).

(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ١٣٢).

ذَمَّتْهُ دِينَ قَبْلَ مَلِكِهِ لَهُ لِسْقُوطُهُ عَنْهُ بِمَلِكِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُمْ ذَكَرُوا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّ الْمَلِكَ الطَّارِئَ عَلَى الدَّيْنِ بَغَيْرِ سَبْيِ الْحَرْبِيِّ لَا يَسْقُطُهُ، بِخِلَافِهِ بِسَبْيِهِ يَسْقُطُهُ أَيُّ: بِالنَّسْبَةِ لِقَدْرِ حَقِّهِ مِنْهُ لِأَنَّهُ غَنِيمَةٌ، وَفِي «الْمَطْلَبِ» أَنَّ قَبُولَ الْمُحْتَالِ الْحَوَالَةَ مِنْ غَيْرِ اعْتِرَافٍ بِالْدَّيْنِ مُتَضَمِّنٌ لِاسْتِجْمَاعِ شُرَاطِطِ الصُّحَّةِ فَيُؤَاخَذُ بِذَلِكَ لَوْ أَنْكَرَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ.

وَهَلْ لَهُ تَحْلِيلُ الْمُحِيلِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ بَرَاءَتَهُ؟ وَجِهَانِ، أَوْجَهُهُمَا: نَعَمْ، وَفَاقًا لِشَيْخِ مَشَايِخِنَا وَغَيْرِهِ^(١).



(١) «أَسَى الْمَطْلَبِ» (٢/ ٢٣٢).

(فصل) في الضمان

(وَيَصِحُّ ضَمَانُ الدَّيُونِ الْمُسْتَقَرَّةِ فِي الدَّمَةِ) كَثَمَنِ الْمَبِيعِ بَعْدَ قَبْضِهِ، وَالْأَجْرَةَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَلَوْ بِمُجَرَّدِ اعْتِرَافِ الضَّامِنِ، حَتَّى لَوْ قَالَ شَخْصٌ: «لَزِيدٌ عَلَى عَمْرٍو أَلْفٌ وَأَنَا ضَامِنُهُ» فَأَنْكَرَ عَمْرٍو؛ فَلَزِيدٌ مُطَالِبَةُ الضَّامِنِ فِي الْأَصَحِّ كَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخَانِ^(١) أَوْ آخِرَ الْإِقْرَارِ.

وَأَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّ غَيْرَ الْمُسْتَقَرَّةِ فِي الدَّمَةِ؛ كَالْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْمَوْتِ، وَالثَّمَنِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ، وَالْأَجْرَةَ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ لَا يَصِحُّ ضَمَانُهَا، لَكِنْ الْمَعْرُوفُ خِلَافُهُ، وَلِهَذَا اقْتَصَرَ الشَّيْخَانِ فِي الدَّيْنِ عَلَى اشْتِرَاطِ كَوْنِهِ ثَابِتًا لِلَاَحْتِرَازِ عَمَّا سَيَجِبُ بِنَحْوِ قَرْضٍ لَازِمًا أَوْ صَائِرًا إِلَى اللُّزُومِ بِنَفْسِهِ؛ لَكِنْ الْأَصْلُ فِي وَضْعِهِ اللُّزُومُ كَالثَّمَنِ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ حَيْثُ لَمْ يَمْنَعْ نَقْلَ الْمِلْكِ إِلَى الْبَائِعِ، وَلَا فَهُوَ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ لِلَاَحْتِرَازِ عَنْ نَحْوِ نُجُومِ الْكِتَابَةِ وَجَعْلِ الْجِعَالَةِ قَبْلَ الْفِرَاقِ مِنَ الْعَمَلِ.

وَصَرَّحًا بِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقَرًّا أَوْ لَا، وَمَا حَكَمْنَا فِي ذَلِكَ خِلَافًا.

وَقَدْ يُجَابُ بِأَنَّ فِي الْمَفْهُومِ تَفْصِيلًا، أَوْ بِحَمْلِ الْمُسْتَقَرَّةِ عَلَى اللَّازِمَةِ وَلَوْ مَالًا، أَوْ عَلَى الثَّابِتَةِ بِقَرِينَةِ اقْتِصَارِهِ فِيمَا يَأْتِي عَلَى نَفْيِ صَحَّةِ ضَمَانٍ مَا لَمْ يَجِبْ، لَكِنْ يَحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ قَيْدِ اللُّزُومِ، وَدَخَلَ فِي الدَّيُونِ الْمَنَافِعُ الثَّابِتَةُ فِي الدَّمَةِ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ، وَلَا تَرُدُّ الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ حَيْثُ يَصِحُّ ضَمَانُهَا وَلَيْسَتْ دَيُونًا، إِمَّا لِأَنَّ الدَّيُونَ لَقَبٌ غَيْرٌ مُؤَوَّلٌ بِالْمُسْتَقَرِّ فَلَا مَفْهُومَ لَهُ، أَوْ لِأَنَّ فِي الْمَفْهُومِ تَفْصِيلًا.

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٢)، و«روضه الطاليس» (٧/ ٢٧٨).

وإنَّما يَصِحُّ ضَمَانُ الدَّيُونِ الْمَذْكُورَةِ (إِذَا عَلِمَ قَدْرُهَا) لِلضَّامِنِ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولَةِ كَمَا سَيَأْتِي.

قال الرَّافِعِيُّ^(١): لَأَنَّهُ إِبْثَاتُ مَالٍ فِي الدَّيْنَةِ بِعَقْدٍ فَاشْتَبَهَ الْبَيْعَ وَالْإِجَارَةَ. وَيُؤْخَذُ مِنْهُ اشْتِرَاطُ الْعِلْمِ بِالْجِنْسِ وَالصِّفَةِ أَيْضًا وَلَا بَدَلُ مِنْهُ، وَصَرَّحَ بِالصِّفَةِ بِالنِّسْبَةِ لِلْحُلُولِ وَالتَّأَجِيلِ وَمَقْدَارِ الْأَجْلِ أَبُو خَلْفٍ الْعَبْرِيُّ، وَلَا بَدَلُ أَيْضًا مِنْ كَوْنِهَا مُعَيَّنَةً، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ عَلَى الْإِبْهَامِ. قال الغَزَالِيُّ: وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ مَا لَا يُتَبَرَّعُ بِهِ كَالْقِصَاصِ وَالشُّفْعَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ. وَلَا يَرُدُّ ذَلِكَ عَلَى الْمُصَنِّفِ؛ لِأَنَّ اسْمَ الدَّيْنِ لَا يَشْمَلُهُ.

(وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ) بِنَفْسِهِ أَوْ نَائِيهِ (مُطَالِبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْ الضَّامِنِ وَالْمَظْمُونِ عَنْهُ) جَمِيعَهُمَا أَوْ مَجْمُوعَهُمَا، بِكُلِّ الْحَقِّ أَوْ بَعْضِهِ، فَلَا تَسْقُطُ مُطَالِبَةُ الْمَظْمُونِ عَنْهُ، وَلَا يُتَبَرَّأُ بِالضَّامِنِ، بَلْ لَوْ ضَمِنَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ كَانَ الضَّامِنُ بَاطِلًا؛ لِمُخَالَفَةِ الشَّرْطِ مُقْتَضَى الضَّامِنِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْبُطْلَانُ أَيْضًا بِشَرْطِ عَدَمِ مُطَالِبَتِهِ.

وإنَّما يُطَالَبُ كُلًّا مِنْهُمَا (إِذَا كَانَ الضَّامِنُ عَلَى مَا) أَي: الْوَجْهَ الَّذِي (بَيَّنَّاهُ) مِنْ كَوْنِهِ ضَمَانُ الدَّيُونِ الْمُسْتَقَرَّةِ فِي الدَّيْنَةِ الْمَعْلُومَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يُطَالَبِ الضَّامِنُ؛ لَعَدَمِ صَحَّةِ الضَّامِنِ.

وَالضَّامِنُ بِإِذْنِ الْمَظْمُونِ عَنْهُ أَوْ وَلِيِّهِ مُطَالِبَةُ صَاحِبِ الْحَقِّ بِإِبْرَائِهِ، أَوْ أَخْذِ حَقِّهِ مِنْ تَرْكَةِ الْمَظْمُونِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهَُا قَدْ تَتَلَفُ فَلَا يَجِدُ مَرْجِعًا إِذَا غَرِمَ، وَمُطَالِبَةُ الْمَظْمُونِ عَنْهُ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ طُولِبَ، لَكِنْ لَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ وَإِنْ حُبِسَ، قَالَ فِي «الْمَطْلَبِ»: وَلَا مَلَاذِمَتُهُ^(٢). انْتَهَى.

(٢) بطر: «أسنى المطالب» (٢/٢٤٧).

(١) «الشرح الكبير» (٥/١٥٦).

وفائدة المطالبة حينئذ إحضاره مجلس الحكم وتفسيره إذا امتنع، فلو كان المضمون عنه محجوراً بنحو صغير أو جنونٍ طويلٍ ولَّيَّه قبل رُشْدِهِ وطولِبَ هو بعده، وقام إذن ولَّيَّه حال الحَجْرِ مقام إذنه كما بحثه بعضهم، فلو كان المحجور مُعَدِّماً فالظاهر كما قاله الأذرعِي في الصَّبِيِّ أَنَّ الْوَلِيَّ لَا يُطَالَبُ بِخُلَاصِهِ، بخلاف ما إذا لم يُطَالَبْ ليس له المطالبة بالتخليص، لكن له كما في «الشَّامِلِ» وغيره وهو أحد الوجهين في «التَّمَمَةِ» أن يقول لصاحب الحق: «إِنَّمَا أَنْ تَطَالِبَنِي بِحَقِّكَ أَوْ تُبْرِئَنِي عَنْهُ» أي: فإذا طالبه فله حينئذ مطالبة المضمون عنه بالتخليص.

والظاهر أنه ليس له حبس صاحب الحق ولا ملازمته هنا ولا فيما تقدَّم، وهل فائدة المطالبة حينئذ ما تقدَّم في مطالبة المضمون عنه؟ فيه نظر، ولو كان الضامن بلا إذنٍ لم يكن للضامن شيء مما ذُكِرَ.

(وَإِذَا غَرِمَ الضَّامِنُ) أي: أدَّى الحقَّ للمستحقَّ من ماله لا من سهم الغارمين ولم يصرف الأداء عن جهة الضامن؛ كقصد التبرُّع بأداء دين المضمون عنه، ولو بعد الدَّفْعِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ عَلَى مَا بَحَثَهُ بَعْضُهُمْ، وَلَا عَرَضَ مَا يُوجِبُ الْأَدَاءَ عَنْ غَيْرِ جِهَةِ الضَّامِنِ، كما لو ضَمِنَ عَنْ أَصْلِهِ بِأَذْنِهِ صَدَاقَ زَوْجَتِهِ ثُمَّ ظَهَرَ قَبْلَ الدُّخُولِ مَا يُوجِبُ الْإِعْفَافَ وَامْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَ الصَّدَاقَ فَأَدَّاهُ الضَّامِنُ كَمَا بَحَثَهُ الْبُلْقِينِيُّ، وكما لو نَذَرَ بَعْدَ الضَّمَانِ بِالْإِذْنِ أَدَاءَ دَيْنِ فُلَانٍ، فَطَوَّلِبَ، فَأَدَّاهُ، كَمَا بَحَثَهُ بَعْضُهُمْ، وَقَدْ يُتَوَقَّفُ فِي انْعِقَادِ النَّذْرِ مِنْ جِهَةِ أَنَّ الْأَدَاءَ وَاجِبٌ بِالضَّمَانِ وَنَذَرَ الْوَاجِبِ لَا يَنْعَقِدُ.

(رَجَعَ) جَوَازًا (عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ) بِمِثْلِ مَا أَدَّاهُ صُورَةٌ^(١) بِشَرْطَيْنِ:

أحدهما: (إِذَا كَانَ الضَّمَانُ وَالْقَضَاءُ) أي: أداء الحقَّ (بِإِذْنِهِ) فيهما، وإن

(١) في (ج): «ضرورة»

لم يَشْطَرِطِ الرَّجُوعَ، أَوْ وَهَبَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَا أَذَاهُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ لَهُ: «وَهَبْتُكَ الدِّينَ الَّذِي ضَمَيْتَهُ لِي» فَلَا رَجُوعَ؛ لِأَنَّهُ كَالْإِبْرَاءِ.

فَإِنْ كَانَ الضَّمَانُ بِإِذْنِهِ وَالْقَضَاءُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَأَوْجِبَهُ، أَصَحُّهَا: أَنَّهُ يَرْجِعُ مُطْلَقًا، نَعَمْ إِنْ ثَبَتَ الضَّمَانُ بِالْبَيِّنَةِ وَهُوَ مُنْكَرٌ؛ كَأَنْ ادَّعَى عَلَى زَيْدٍ وَغَائِبٍ الْفَاءَ، وَأَنَّ كَلًّا مِنْهُمَا ضَمِنَ مَا عَلَى الْآخِرِ بِإِذْنِهِ فَأَنْكَرَ زَيْدٌ، فَأَقَامَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً وَغَرَّمَهُ لَمْ يَرْجِعْ زَيْدٌ عَلَى الْغَائِبِ بِالنِّصْفِ؛ لِكَوْنِهِ مُكَذِّبًا لِلْبَيِّنَةِ، فَهُوَ مَظْلُومٌ بِزَعْمِهِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِلْمُسْتَحَقِّ: «سَلَّمْتُكَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ الْحَقَّ» وَلَمْ يُثْبِتْهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ؛ فَلَا رَجُوعَ.

وَإِنْ كَانَ الْقَضَاءُ بِإِذْنِهِ وَالضَّمَانُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْأَصَحِّ، فَلَوْ أُذِنَ فِي الْقَضَاءِ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ، فَفِي مَفْهُومِ الشَّرْطِ تَفْصِيلٌ، وَلَوْ ضَمِنَ بِالْإِذْنِ وَنَهَاهُ عَنِ الْأَدَاءِ فَإِنْ كَانَ النِّهْيُ بَعْدَ الضَّمَانِ لَمْ يُؤْثَرْ، أَوْ قَبْلَهُ وَبَعْدَ الْإِذْنِ كَانَ رَجُوعًا عَنْهُ، أَوْ مَعَ الْإِذْنِ كَانَ مُفْسِدًا لَهُ، ذَكَرَ ذَلِكَ الْإِسْنَوِيُّ^(١).

وِثَانِيهِمَا: الْإِشْهَادُ عَلَى الْأَدَاءِ، أَوْ كَوْنُهُ بِحَضَرَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ، أَوْ نَهْيُهُ عَنِ الْإِشْهَادِ، وَيَكْفِي إِشْهَادُ مُسْتَوْرَيْنِ وَرَجُلٍ لِيَحْلِفَ مَعَهُ، وَكَالْأَدَاءِ: حَوَالَةُ الضَّامِنِ لِلْمُسْتَحَقِّ، وَحَوَالَةُ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ وَارِثَ الضَّامِنِ لِلدِّينِ، وَمَصَالِحَتُهُ عَنْهُ بَعْوَضٍ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ إِنْ ضَمِنَ بِالْإِذْنِ، أَوْ أَدَّى بِالْإِذْنِ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ، إِلَّا فِي الْإِرْثِ فَلَهُ الرَّجُوعُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ صَارَ لَهُ وَهُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ.

وَالرَّجُوعُ فِي مَسْأَلَةِ الصُّلْحِ بِالْأَقْلَ مِنَ الدِّينِ، وَقِيَمَةٍ مَا صَالَحَ بِهِ يَوْمَ الصُّلْحِ إِنْ اخْتَلَفَ الْجَنْسُ، فَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ عَلَى ثَوْبٍ قِيَمَتُهُ خَمْسَةٌ، أَوْ مِنْ

(١) المهبات: (٥/٥٠٢ ٥٠٣).

خمسَ دراهمٍ على ثوبٍ قيمته عشرة رَجَعٍ بخمسة، ولو باعه ثوبًا قيمته عشرة بعشرة قَدَّرَ الدَّيْنِ وتقاضا رَجَعَ بالعشرة، وكذا لو قال: «بعتك بما ضمتك لك» على المختار في «الروضة»^(١).

واعترض الرجوع بالعشرة في هذين بأن الوجه الرجوع بالأقل كما في مسألة الصُّلح؛ لأنه بيعٌ.

وفرق شيخنا^(٢) بأن لفظ الصُّلح يُشعرُ بقناعة المُستحقِّ عن الكثير بالقليل، ثمَّ نظرَ فيه، فإن اختلفتِ الصِّفَةُ كأن أدَّى الصُّحاحَ عن المُكسرة أو المُكسرة عن الصُّحاح رَجَعَ بالمُكسرة فيهما، وظاهرُ جعلِ الحوالة كالإداء ثبوتُ الرجوع قبل دفعِ المُحالِ عليه للمُحتال، ويُمكنُ توجيهه بأن الحوالة تقتضي انتقالَ الحقِّ وفراغَ ذمَّةِ المُحيل، نعم تردَّدَ بعضُ المتأخِّرين فيما لو أحالَ المُستحقُّ على الضَّامنِ فأبرأ المُحتالُ الضَّامنَ، ومال إلى عدمِ الرجوع؛ لأنَّه لم يغرَمَ شيئًا، وهو محتملٌ.

(وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ) لما تقدَّم، نعم يصحُّ ضمانُ إِبِلِ الدِّيَةِ مع الجَهِلِ بصفتيها؛ لأنَّها معلومةُ السَّنِّ والعَدَدِ، ويرجعُ في صفتيها إلى غالبِ إِبِلِ البَلَدِ.

ولو قال: «ضمنتُ دراهمك عليه» مع جهله بقدرها، ففي صحته في ثلاثٍ منها لدخولها في اللَّفْظِ بكلِّ حالٍ وجهانٍ، أصحُّهما: على ما اقتضاه كلامُ الشَّيْخَيْنِ^(٣) في تفويضِ الصَّدَاقِ الأوَّلِ، وإن اقتضى كلامُهما هنا أنَّ الأصحَّ الثاني.

(١) «دروس الطالين» (٢٦٧/٤). (٢) «أسنى المطالب» (٢٤٩/٢).

(٣) «الشرح الكبير» (١٥٨/٥)، و«روضة الطالين» (٢٥٢/٤).

(و) لا ضَمانَ (مَا لَمْ يَحِبْ) أي^(١): يَثْبُتْ؛ كنفقة الغد لنحو الزوجة، والمثنة التي ستحب بنحو بيع أو قرض؛ لأنَّ الضَّمانَ وثيقة فلا تسبق الحق كالشَّهادة (إِلَّا دَرَكَ الْمَبِيعِ) ويُعَبَّرُ عنه بالعُهدَةُ بفتح الدَّالِ وفتح الرَّاءِ وإسكانها، فيصحُّ ضمانه مع عدم الوجوب للحاجة، وتبيَّن كون الثَّمنِ حقًّا ثابتًا للمضمون له عند الضَّمانِ بظهور الاستحقاق لا يُنافي أنَّ هذا من ضمانٍ ما لم يجب كما اقتضاه الاستثناء؛ لأنَّه حكم بصحَّته ظاهرًا قبل التَّبيين على أنَّ تبيَّن ما ذكر لا يصحُّ في نحو ظهور الاستحقاق بالشفعة، وذلك بأن يضمن للمُشتري الثَّمنَ بعد قبضه لو خرَّج المبيع مُستحقًّا ولو بشفعة، فإن لم يقبض لم يصحَّ ضمانه؛ لأنَّه إنَّما يضمن ما دخل في ضمان المضمون عنه، ولزمه ردُّه بالتقدير المذكور.

وَمِنْ الْفَاطِظَةِ أَنْ يَقُولَ لِلْمُشْتَرِي: «ضَمِنْتُ لَكَ عُهْدَتَهُ» أَوْ «دَرَكَهُ» أَوْ «خَلَاصَكَ مِنْهُ» وَلَوْ قَالَ: «ضَمِنْتُ لَكَ خَلَاصَ الْمَبِيعِ» لَمْ يَصَحَّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَقِلُّ بِتَخْلِيصِهِ إِذَا اسْتَحَقَّ، وَلَوْ ضَمِنَ عَهْدَةَ الثَّمنِ وَخَلَاصَ الْمَبِيعِ مَعًا صَحَّ فِي الْعَهْدَةِ دُونَ الْخَلَاصِ.

وَأَضَلَّ الدَّرَكُ التَّبِعَةَ، أَي: الْمُطَالِبَةُ وَالْمُؤَاخَذَةُ كَمَا قَالَ الْجَوْهَرِيُّ^(٢)، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْمَضْمُونُ هُوَ الثَّمنُ لَا نَفْسُ التَّبِعَةِ، فَالدَّرَكُ هُنَا إِمَّا بِمَعْنَى الثَّمنِ، أَوْ عَلَى حَذْفِ الْمُضَافِ، أَي: ذَا دَرَكَ الْمَبِيعِ وَهُوَ الْحَقُّ الْوَاجِبُ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ إِدْرَاكِهِ مُسْتَحَقًّا وَهُوَ الثَّمنُ.

وَوَجْهُ تَسْمِيَتِهِ بِالذَّرَكِ كَوْنُهُ مَضْمُونًا بِتَقْدِيرِ الذَّرَكِ أَي: إِدْرَاكِ الْمُسْتَحَقِّ عَيْنَ مَالِهِ وَمُطَالِبَتِهِ وَمُؤَاخَذَتِهِ بِهِ.

وكذلك المبيع فيما ذكر: درك الثمن، فيصح ضمانه مع عدم وجوبه بأن يضمن للبائع المبيع بعد قبضه لو خرج الثمن مستحقاً.

وكما يصح ضمان الدرك يصح ضمان الفساد بأن يضمن الثمن أو المبيع بتقدير فساد المبيع بغير الاستحقاق، وضمن رداء الثمن أو المبيع بأن شرط كونه من نوع كذا، فيضمن عنه ضامن ليرجع عليه المضمون له بما شرط، وضمن عيب المبيع أو الثمن، وضمن نقص الصنعة التي وزن بها الثمن أو المبيع.

وهل تندرج الأربع في ضمان الدرك أو العهدة عند إطلاقه نحو: ضمنت لك درك أو عهدة الثمن، أو المبيع من غير ذكر استحقاق، أو فساد أو رداء أو عيب أو نقص صنعة حتى يطالب الضامن لو بأن فساد البيع بغير الاستحقاق أو لا؟

وجهان في «العزير»^(١) بلا تصحيح، صحح منهما في «الشرح الصغير» و«الروضة»^(٢) الثاني؛ لأن المتبادر منه الرجوع بسبب الاستحقاق.

ولو اختلف البائع والمشتري في نقص صنعة الثمن صدق البائع بيمينه، فإذا حلف طالب المشتري بالنقص، ولا يطالب الضامن؛ لأن الأصل براءة ذمته، إلا إذا اعترف أو قامت بينة.

ولو اختلف البائع والضامن صدق الضامن؛ لأن الأصل براءة ذمته بخلاف المشتري، فإن ذمته كانت مشغولة، ذكر ذلك في «الروضة»^(٣) و«أصلها»^(٤).



(٢) «روضة الطالبين» (٤/٢٤٦).

(١) «الشرح الكبير» (٥/١٥٢).

(٤) «الشرح الكبير» (٥/١٥٢).

(٣) «روضة الطالبين» (٤/٢٤٦).

(فَصْلٌ) فِي كِفَالَةِ الْبَدَنِ

وَتُسَمَّى كِفَالَةَ الْوَجْهِ.

(وَالْكِفَالَةُ بِالْبَدَنِ) وَلَوْ بَدَنَ صَبِيٍّ، أَوْ مَجْنُونٍ، أَوْ مَحْبُوسٍ، أَوْ مَيِّتٍ، أَوْ غَائِبٍ وَلَوْ بِمَوْضِعٍ لَا يَلْزَمُهُ الْحُضُورُ مِنْهُ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَكَالْبَدَنِ: مَا لَا يَبْقَى الشَّخْصُ بِدُونِهِ؛ كَالرَّأْسِ، وَالرُّوحِ، وَالْجُزْءِ الشَّائِعِ، بِخِلَافِ مَا يَبْقَى بِدُونِهِ؛ كَالْيَدِ، وَالرَّجْلِ كَمَا صَحَّحَهُ فِي «التَّنْبِيهِ»^(١)، وَأَقَرَّهُ النَّوَوِيُّ فِي «تَصْحِيحِهِ».

(جَائِزَةٌ) أَي: حَلَالٌ صَحِيحَةٌ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا، لَكِنْ بِشَرْطِ كَوْنِ صَاحِبِهِ مَعِينًا وَرِضَاهُ بِالْكِفَالَةِ وَمَعْرِفَةِ الْكَفِيلِ لَهُ، بِخِلَافِ الْمَكْفُولِ لَهُ تُشْتَرِطُ مَعْرِفَتُهُ دُونَ رِضَاهُ، فَإِنْ كَانَ الْمَكْفُولُ غَيْرَ مَكْلَفٍ اشْتَرِطَ إِذْنُ وَلِيِّهِ، وَيُطَالِيهِ الْكَفِيلُ بِاحْتِضَارِهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ، أَوْ مَيِّتًا فَيُظْهَرُ كَمَا فِي «الْمَطْلَبِ» اشْتِرَاطُ إِذْنِ وَارِثِهِ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ^(٢): وَلَا بَدَنَ مِنْ إِذْنِ جَمِيعِ الْوَرِثَةِ، وَنَازَعَهُ الْأَذْرَعِيُّ قَالَ: وَلَا أَحْسَبُ أَحَدًا يَقُولُ إِذَا مَاتَ عَنْ أَبِي وَزَوْجَةٍ وَأَوْلَادٍ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْجَمِيعِ، وَلَا يَكْفِي إِذْنُ الْأَبِ لَا سَيِّمًا إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ تَحْتَ حَجَرِهِ بِسَفَهٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَمَا يَقُولُهُ الْإِسْنَوِيُّ لَوْ كَانَ الْأَوْلَادُ صَغَارًا. انْتَهَى^(٣).

وَالْأَوْجَهُ مَا قَالَهُ الْإِسْنَوِيُّ، لَكِنْ بَعْدَ حَمْلِهِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَيِّتُ مُحَجَّرًا، وَلَا أَعْتَبِرَ إِذْنُ وَلِيِّهِ كَأَبِيهِ دُونَ بَقِيَّةِ وَرَثَتِهِ، وَإِذَا اعْتَبِرَ إِذْنُ الْجَمِيعِ فَالْغَيْرَةُ بَوْلِيِّ الْقَاصِرِ مِنْهُمْ؛ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ، أَوْ عَبْدًا أَوْ سَفِيهًا، فَظَاهِرٌ كَلَامُهُمْ اعْتِبَارُ إِذْنِهِ حَتَّى لَا يَكْفِي إِذْنُ السَّيِّدِ وَالْوَلِيِّ.

(٢) «المهمات» (٥ / ٤٩٨).

(١) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٠٧).

(٣) بطر: «أسنى المطالب» (٢ / ٢٤٢).

وَبَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ عَتَبَارَ إِذْنٍ وَلِيَّ السَّفِيهِ دُونَهُ، وَالْأَوْجَهُ فِي الْعَبْدِ عَتَبَارُ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَفِي السَّفِيهِ عَتَبَارُ إِذْنِهِ، إِنْ لَمْ يَتَرَتَّبْ عَلَى كِفَالَتِهِ فَوَاتُ كَسْبٍ أَوْ حَاجَةٌ إِلَى مُؤْنَةٍ إِحْضَارٍ^(١)، وَإِلَّا عَتَبِرَ إِذْنُ وَلِيِّهِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِذْنُهُ إِلَّا عِنْدَ الْمَصْلُحَةِ كَسَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ.

وَأَمَّا تَجَوُّزُ الْكِفَالَةِ (إِذَا كَانَ عَلَى الْمَكْفُولِ بِهِ) أَي: بِبَدْنِهِ (حَقٌّ) يُوجِبُ عَلَيْهِ حُضُورَ مَجْلِسِ الْحُكْمِ عِنْدَ الطَّلَبِ، أَوْ عَلَى غَيْرِهِ إِحْضَارَهُ إِلَيْهِ، فَتَصِحُّ بِيَدِنِ الْكَفِيلِ وَالْأَجِيرِ الْمُعَيَّنِ، وَمِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ وَانْصَرَفَ قَبْلَ الْحَلْفِ، وَبِيَدِنِ الْعَبْدِ الْأَبْقَى لِمَوْلَاهُ، وَيَلْزَمُ الْكَفِيلَ السَّعْيُ فِي إِحْضَارِهِ، وَبِيَدِنِ الْمَرْأَةِ لَزُوجِهَا أَوْ لِمَنْ ادَّعَى زَوْجِيَّتَهَا، وَبِيَدِنِ الْمَيِّتِ قَبْلَ الدَّفْنِ لِلشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ.

وَلَا تَصِحُّ بِيَدِنِ مَنْ لَا حَقَّ عَلَيْهِ، وَلَا مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ غَيْرُ لَازِمٍ كُنُجُومِ كِتَابِيَّةٍ، وَأَمَّا تَجَوُّزُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ (لِأَدَمِيٍّ) وَلَوْ عَقُوبَةً؛ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ وَتَعْزِيرٍ، فَلَا تَصِحُّ بِيَدِنِ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى كَحَدِّ خَمِيرٍ وَزِنَا وَسَرْقَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَسْعَى فِي دَفْعِهِ مَا أَمَكَّنَ، نَعَمْ تَصِحُّ بِيَدِنِ مَنْ عَلَيْهِ زَكَاةٌ لِأَجْلِهَا كَمَا يَصِحُّ ضَمَانُهَا، وَفِي مَعْنَاهَا الْكُفَّارَةُ.

وَقَضِيَّةُ إِطْلَاقِهِ إِذَا كَانَ الْحَقُّ مَا لَا عَدَمَ اشْتِرَاطٍ عِلْمِ الْكَفِيلِ بِقُدْرِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ مَاتَ الْمَكْفُولُ لَمْ يُطَالَبِ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَغْرَمَ الْمَالُ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ لَمْ تَصِحَّ الْكِفَالَةُ، وَتَصِحُّ الْكِفَالَةُ أَيْضًا بِالْأَعْيَانِ بَأَنْ يَضْمَنَ رَدَّ الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَحْوِ غَضَبٍ أَوْ اسْتِعَارَةٍ وَسَوَمٍ، وَمِنْهَا الْأَمَانَةُ بَعْدَ الْخِيَانَةِ فِيهَا، فَإِنْ تَلَفَتْ أَوْ تَعَذَّرَ رَدُّهَا لَمْ يَلْزَمْهُ قِيمَتُهَا، وَلَا يَجُوزُ ضَمَانُ قِيمَتِهَا لَوْ تَلَفَتْ، وَلَا ضَمَانُ غَيْرِ الْمَضْمُونَةِ كَالْوَدِيعَةِ الْبَاقِيَةِ عَلَى الْأَمَانَةِ.

(١) فِي (ج)، (ن) «إِحْضَارُهُ».

(فصل) في الشَّرْكَةِ

بكسرِ الشَّينِ وإسكانِ الرَّاءِ، وحُكي فتحُ الشَّينِ وكسرُ الرَّاءِ وإسكانُها.
وهي لغةُ الاختلاطِ، وشرعاً: ثبوتُ الحقِّ في شيءٍ لاثنتين فأكثرَ على جهةِ
الشُّيوعِ.

والمقصودُ هنا كما قاله الرَّافعي^(١) هو الشَّرْكَةُ التي تحدثُ بالاختيارِ لقضيدِ
التَّصْرِيفِ وتحصيلِ الأرباحِ.

(وَلِلشَّرْكَةِ) لَتَصِحَّ (خَمْسُ شَرَائِطَ):

أحدها: (أَنْ تَكُونَ) واردةٌ (عَلَى نَاضٍ) بتشديدِ الضَّادِ، (مِنَ الدَّرَاهِمِ
وَالدَّنَانِيرِ) ولو مغشوشةٌ إِنْ استمرَّ في البلْدِ رواجُها على الأصحِّ في «الرَّوَضَةِ»^(٢)،
وَالنَّاضِ هو الدَّرَاهِمُ والدَّنَانِيرُ خاصَّةٌ كما قاله أهلُ اللُّغَةِ فـ «مِنْ» للبيانِ، فلا
تجوزُ على متقومٍ كالثَّيابِ إلَّا فيما يأتي، وفي جوازِها على مثليٍّ آخَرَ كَقَمِيحٍ
وحديدٍ قولانٍ، أظهرُهما عندَ الشَّيْخِينَ^(٣) وغيرهما: الجوازُ.

(وَالثَّانِي: (أَنْ يَتَّفَقَا) أَي: المَالَانِ (فِي الْجِنْسِ) فَلَوْ اخْتَلَفَا فِيهِ كَحِنْطَةٍ
وَشَعِيرٍ أَوْ دَرَاهِمَ وَدَّنَانِيرَ لَمْ تَصِحَّ، (وَالنَّوْعِ) فَلَوْ اخْتَلَفَا فِيهِ كَحِنْطَةٍ حَمْرَاءَ
وَحِنْطَةٍ بِيضَاءَ، وَكَدَرَاهِمَ صَحِيحَةٍ وَدَرَاهِمَ مَكْسُورَةٍ، أَوْ مَثْقُوبَةٍ وَغَيْرِ مَثْقُوبَةٍ، أَوْ
جَدِيدَةٍ وَعَتِيقَةٍ لَمْ تَصِحَّ، وَلَا يُشْتَرَطُ اتِّفَاقُهُمَا فِي الْقَدْرِ، وَلَا تَسَاوِي الْأَجْزَاءِ فِي

(١) «الشرح الكبير» (١٨٦/٥).

(٢) «روضة الطالبين» (٢٧٦/٤).

(٣) «الشرح الكبير» (١٨٨/٥)، و«روضة الطالبين» (٢٧٦/٤).

القيمة، فلو كان لأحدهما قفيز قيمته مئة وللآخر قفيز قيمته خمسون صحّت الشراكة وكانت أثلاثاً.

(و) الثالث: (أَنْ يَخْلُطَا) أي: المشتركان^(١) (المالين) بحيث لا يتميّزان حتّى عندهما فقط، وإن ذكر فيه الرّوياني احتمالين، ولعلّه تركه للعلم به من اشتراط الاتفاق في الجنس والصفة، فإنّه مع الاتفاق فيهما لا ينعى بعد خلطهما تمييز، ويُسْتَرَطُّ تقدّم الخلط على العقد، وفي تقديم هذا الشرط على ما بعده رمز إليه، ولا يُسْتَرَطُّ العلم بقدر كلّ منهما عند العقد إذ أمكن معرفته بعده بمراجعة حساب أو غيره ويصحّ تصرّفهما قبل العلم.

قال الشّيخان^(٢): ولو ورثوا عروضا أو اشتروها فقد ملكوها شائعة وذلك أبلغ من الخلط، فإذا انضمّ إليه الإذن في التصرف تمّ العقد، ولهذا قال المزيّني والأصحاب: الحيلة في الشراكة في العروض المتقومة أن يبيع كلّ واحد نصف عرضه بنصف عرض الآخر، سواء تجانس العرضان أو اختلفا؛ ليصير كلّ واحد منهما مشتركا بينهما فيتقابضا^(٣)، ويأذن كلّ واحد لصاحبه في التصرف.

وقال في التّتمّة: يصير العرضان مشتركين ويملكان التصرف فيهما بالإذن، لكن لا تثبت أحكام الشراكة في الثمن حتّى يستأنفا عقداً وهو ناض، ومقتضى إطلاق الجمهور ثبوت الشراكة وأحكامها وهو الصحيح. انتهى.

(و) الرابع: (أَنْ يَأْذَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ) بالبيع والشراء

(١) في (ج): «الشريكان».

(٢) «الشرح الكبير» (٥/١٨٩)، و«روضة الطالبين» (٤/٢٧٧).

(٣) في (ج): «فيتقابضان» وكتب بهامشها: «قوله: فيتقابضان إن كانت علة حقيقية فثبتت النون، وإن

كانت علة غاية فمحذوف النون، شيخنا محمد الجوهري»

ليُحْصَلَ لَهُ التَّسَلُّطُ عَلَى التَّصَرُّفِ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ مَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ وَلَا التَّعْمِيمُ فِيهِ، بَلْ يَجُوزُ الْإِطْلَاقُ، لَكِنْ لَوْ عَيَّنَ جَنْسًا لَمْ يَتَصَرَّفِ الْمَأْذُونُ فِي غَيْرِهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيْمَا عَيَّنَهُ أَنْ يُعْمَ وَجُودُهُ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ، ذَكَرَهُ الْمُحَامِلِيُّ وَغَيْرُهُ، فَإِنْ أَدْنَى أَحَدُهُمَا فَقَطْ لِصَاحِبِهِ كَفَى فِي حَصُولِ الشَّرْكَاءِ لَكِنْ لَا يَتَصَرَّفُ الْأَذْنُ إِلَّا فِي نَصِيبِ نَفْسِهِ.

قَالَ السُّبْكِيُّ: قَالَ الْأَصْحَابُ: فَهَذِهِ الصُّورَةُ لَيْسَتْ بِشَرْكَاءٍ وَلَا قِرَاضٍ، بَلْ هِيَ أَبْضَاعٌ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ بِأَنْ يَعْمَلَ فِيهِ مَجَانًّا.

قَالَ: وَهَذَا الْكَلَامُ مِنَ الْأَصْحَابِ يَشِيرُ إِلَى أَنَّ عَقْدَ الشَّرْكَاءِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَقْتَضِي اسْتَوَاءَهُمَا فِي الْعَمَلِ وَالرَّيْحِ، وَهُوَ كَذَلِكَ، فَلَا يُسَمَّى عَقْدَ شَرْكَاءٍ إِلَّا بِذَلِكَ، سِوَا شَرْطِنَا^(١) صَرِيحِ الْإِذْنِ أَمْ اكْتَفَيْنَا بِدَلَالَةِ «اشْتَرَكْنَا» عَلَيْهِ. انْتَهَى.

وَلَوْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ لَا يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ نَفْسِهِ لَمْ يَصَحَّ الْعَقْدُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْحَجْرِ عَلَى الْمَالِكِ فِي مَلَكِهِ، وَأَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّهُ لَا يَكْفِي قَوْلُهُمَا: «اشْتَرَكْنَا» عَنِ الْإِذْنِ، وَهُوَ كَذَلِكَ؛ لِقُصُورِهِ عَنْهُ، وَاحْتِمَالِ كَوْنِهِ إِنْخِبَارًا عَنْ حَصُولِ الشَّرْكَاءِ فِي الْمَالِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ حَصُولِهَا جَوَازُ التَّصَرُّفِ كَمَا فِي الْمَالِ الْمُرُوثِ، نَعَمْ لَوْ نَوَيْتَا بِقَوْلِيهِمَا: «اشْتَرَكْنَا» الْإِذْنَ فِي التَّصَرُّفِ كَفَى كَمَا جَزَمَ بِهِ السُّبْكِيُّ، وَأَنَّهُ لَوْ وُجِدَ مُجَرَّدُ الْإِذْنِ مَعَ بَقِيَّةِ الشُّرُوطِ بِدُونِ صِغَةِ «اشْتَرَكْنَا» وَنَحْوِهَا كَفَى، وَهُوَ مَتَّجِهٌ^(٢).

(و) الْخَامِسُ: (أَنْ يَكُونَ الرَّيْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ) بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ لَا الْأَجْزَاءِ كَمَا سَبَقَتْ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ، تَسَاوِيًا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوُتًا فِيهِ بِأَنْ يُشْتَرَطَا

(١) فِي (ج) «اشْتَرَطْنَا».

(٢) يَنْظُرُ: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/٢٥٣).

ذلك أو يسكتنا عنه، فإن شرطاً خلافه فسدت الشراكة، لكن التصرف صحيح للإذن، ويقسم الربح على قدر المالين، ولكل منهما أجرة مثل عمله في مال صاحبه على تفصيل في المطولات.

(ولكل واحد منهما فسخها وعزل صاحبه متى شاء)، فإن فسخها أحدهما بطلت وانعزلاً، وإن عزل أحدهما فقط صاحبه؛ كان قال: «عزلتكَ عن التصرف» أو «لا تصرف في نصيبي» لم ينعزل العازل بل صاحبه فقط؛ لعدم ما يقتضي عزله، بخلاف صاحبه للعازل التصرف في الجميع وللمعزول في نصيبه فقط.

(ومتى مات أحدهما) أو جن، أو أغمي عليه، أو طرأ عليه حرج سفيه أو فلس حيث لا ينفذ التصرف منهما، أو طرأ استرقاق أو رهن كما بحثه الإسنوي (بطلت).



(فصل) في الوكالة

بفتح الواو وكسرها.

وهي لغة: التفويض، وشرعاً: تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة.
(وَكُلُّ مَا) بِالرَّفْعِ (جَازَ لِلْإِنْسَانِ) مَثَلًا (التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَفْسِهِ) بِمَلِكٍ أَوْ غَيْرِهِ
(جَازَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ) غَيْرَهُ (أَوْ يَتَوَكَّلَ) فِيهِ عَنْ غَيْرِهِ.

وكل ما لا يجوز للإنسان مثلاً التصرف فيه كذلك لا يجوز له أن يوكل فيه،
ولا أن يتوكل فيه، فلا يجوز التوكيل ولا التوكل من غير مكلف إلا المتعدي
بسكركه، ولا من امرأة في عقد نكاح ولا من فاسق في تزويج.

والمراد أنه لا بد غالباً في التوكيل بالتصرف في شيء من تمكين الموكل من
مباشرة التصرف في ذلك الشيء، والوكيل من مباشرته ذلك التصرف لنفسه،
لا التصرف في ذلك الشيء، وإن اقتضت عبارته خلاف ذلك، فيجوز للولي
التوكيل بالتصرف في مال مؤليه عن نفسه أو مؤليه، وكذا عنهما معاً فيما يظهر،
وفائدته عن مؤليه ولو مع نفسه فيما يظهر أنه لو كمل لم ينزع الوكيل بخلافه
عن الولي، وللمكلف الرشد أن يتوكل في التصرف بالبيع ونحوه.

ولا يجوز التوكيل أو التوكل من غير مكلف إلا المتعدي بسكركه، ولا من
امرأة في عقد نكاح، ولا من فاسق في تزويج.

ويجوزان من عبيد وفاسق وسفيه في قبول النكاح دون إيجابه، وقد يمتنع
التوكيل أو التوكل وإن جاز التصرف كما في غير المجبر إذا أذنت له موليته
في النكاح ونهته عن التوكيل، والولي إذا أراد توكيل فاسق في بيع أموال مؤليه،

والوكيل إذا أَرَادَ التَّوَكُّلَ فيما يَقْدُرُ عليه ويلبِقُ به.

وقد يسوغان وإن لم يَجْزِ التَّصَرُّفُ كما في مستحقِّ قِصاصٍ طَرَفٍ أو حَدٍّ قَذْفٍ، فإنَّ له التَّوَكُّلَ في استيفائيهما، وإن امتنع عليه بنفسه، وكالمُحَرَّمِ له أن يتوكَّلَ عَنِ الْحَلَالِ فِي التَّوَكُّلِ فِي النِّكَاحِ، وأن يُوكَّلَ فيه إن قال بعدَ التَّحْلِيلِ أو أطلق، بخلاف ما إذا قُبِدَ بحالِ الإحرامِ.

وقد يُتَوَهَّمُ نظيرُ هذا التَّفْصِيلِ فِي الصَّبِيِّ وَالسَّفِيهِ، حَتَّى يَجُوزَ توكُّلُهُمَا بِنَحْوِ الْبَيْعِ لِأَيَّامِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ، وَالْأَوْجَهُ خِلَافُهُ؛ لَعَدَمِ أَهْلِيَّتِهِمَا لِذَلِكَ التَّصَرُّفِ، وَالْغَيَاءُ الْإِذْنُ لِهَما فِيهِ، بِخِلَافِ الْمُحَرَّمِ؛ لَوْجُودِ أَهْلِيَّتِهِ وَعَرُوضِ الْمَانِعِ مِنَ التَّصَرُّفِ، وَالْمُشْتَرِي يُوكَّلُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ مَنْ يَقْبِضُ الثَّمَنَ مِنْهُ، وَإِنْ امْتَنَعَ قَبْضَهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَالْأَعْمَى يُوكَّلُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ الْمُتَوَقِّفَةِ عَلَى الرُّؤْيَا مَعَ امْتِنَاعِهَا مِنْهُ بِنَفْسِهِ، وَالْمَرْأَةُ تَتَوَكَّلُ عَنِ الزَّوْجِ فِي الطَّلَاقِ أَوْ عَنِ الْوَلِيِّ لِتَتَوَكَّلَ رَجُلًا فِي تَزْوِيجِ مَوْلَيْتِهِ، وَالْكَافِرُ يَتَوَكَّلُ عَنِ الْمُسْلِمِ فِي شِرَاءِ مُسْلِمٍ، وَالصَّبِيُّ الْمُمَيَّزُ الْمَأْمُونُ يَتَوَكَّلُ فِي إِيْصَالِ هَدِيَّةٍ أَوْ إِذْنٍ فِي دُخُولٍ أَوْ طَلَبِ لَوْلِيَةٍ، فَيَجُوزُ قَبْضُ الْهَدِيَّةِ مِنْهُ وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا، وَيَجِبُ الْحَضُورُ إِلَى الْوَلِيَّةِ، حَتَّى لَوْ قَالَتْ أُمَةٌ مُمَيَّزَةٌ لِرَجُلٍ: «أَهْدِيْتُ إِلَيْكَ» فَلَهُ قَبُولُهَا وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا وَلَوْ بِالْاِسْتِمَاعِ حَيْثُ ظَنَّ صَدَقَهَا مَعَ عَدَمِ ثَبُوتِ تِلْكَ التَّصَرُّفَاتِ لِلْمَذْكُورِينَ.

وَيُسْتَرْطُ فِي الْوَكِيلِ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ مَعِيْنًا، فَلَوْ قَالَ: «أَذِنْتُ لَكُلِّ مَنْ أَرَادَ بَيْعَ دَارِي أَنْ يَبِيعَهَا»، أَوْ قَالَ لِرَجُلَيْنِ: «وَكَّلْتُ أَحَدَكُمَا بِبَيْعِ^(١) دَارِي» لَمْ يَصِحَّ.

(وَالْوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ؛ لِأَنَّهَا إِنَابَةٌ فَلَا تُلْزِمُ لِلْإِضْرَارِ، نَعَمْ إِنْ شَرِطَ^(٢) فِيهَا جَعْلَ مَعْلُومٍ وَاجْتَمَعَتْ شَرَايِطُ الْإِجَارَةِ وَعُقِدَتْ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ قَالَ

(٢) فِي (ح): «اشترط».

(١) فِي (ج): «فِي بَيْع».

الشيخان^(١): أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أم بمعانيها. انتهى.
وهما احتمالان نقلهما الرويانِي وجهين، وصَحَّحَ منهما الأول كما هو
القاعدة الغالبة في ذلك^(٢).

(و) لجوازه من الجانبين بجور (لكل واحد منهما) أي: من المؤكل والوكيل
(فَسَحَّهَا مَتَى شَاءَ) كقول المؤكل: «عزلته» أو «رفعت الوكالة» أو «أبطلتها» أو
«أخرجته عنها» وقول الوكيل: «عزلت نفسي» أو «أخرجتها عن الوكالة» أو
«ردذتها».

(و) لذلك أيضًا (تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا) أو جُؤُونِهِ، أو إِغْمَائِهِ، أو رَقْعِهِ؛ كَانَ
كَانَ حَرِيًّا فَاسْتَرْقَى، أو فسقه فيما يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدَالَةُ، أو الْحَجَرِ عَلَيْهِ بِسَفْهِ أَوْ فَلَاسٍ
فِيمَا لَا يَنْفَذُ مَعَهُمَا، وَفِي الْأَخِيرِ إِشْكَالٌ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ بِالْفَلَاسِ لَا يُؤَثِّرُ فِي التَّصَرُّفِ
عَنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنَافِي التَّصَرُّفَ فِي أَمْوَالٍ غَيْرِهِ مُطْلَقًا، إِلَّا أَنْ يُصَوِّرَ بِنَحْوِ مَا لَوْ
وَكَّلَ زَيْدًا فِي شَرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ زَيْدٍ فَحَجَرَ عَلَى زَيْدٍ بِالْفَلَاسِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛
لِإِمْكَانِ إِتْيَانِهِ بِذَلِكَ التَّصَرُّفِ بَعْدَ فِكِّ حَجَرِهِ مَعَ بَقَاءِ مِلْكِ الْعَيْنِ، فَإِنْ فُرِضَ أَنَّهُ
قَبْلَ التَّصَرُّفِ الْمُؤَكَّلُ فِيهِ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ وَقَعَ الْحَجَرُ فِيهِ، فَلَا نَفْسَاحَ لِفَوَاتِ وَقْتِ
التَّصَرُّفِ دُونَ مُجَرَّدِ الْحَجَرِ.

قال ابن الرُّفْعَةِ: وَالصَّوَابُ أَنَّ الْمَوْتَ لَيْسَ بِانْعِزَالٍ، بَلْ تَنْتَهِي الْوَكَالَةُ بِهِ
كَالنِّكَاحِ^(٣). انتهى.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ بِأَنَّهُمْ أَرَادُوا بِالْعَزْلِ وَالْإِنْفَسَاحِ مَا يَشْمَلُ الْإِنْتِهَاءَ، وَلَا يَتَوَقَّفُ
انْعِزَالُ الْوَكِيلِ عَلَى نَحْوِ عِلْمِهِ بِعَزْلِ الْمُؤَكَّلِ، قَالَ فِي «الرُّؤُوسَةِ»^(٤) وَ«أَصْلُهَا»^(٥):

(١) «الشرح الكبير» (٢٥٦/٥)، و«روضة الطالين» (٣٣٢/٤).

(٢) ينظر: «أسنَى المطالب» (٢٧٨/٢). (٣) ينظر: «أسنَى المطالب» (٢٧٩/٢).

(٤) «روضة الطالين» (٣٣٠/٤). (٥) «الشرح الكبير» (٢٥٤/٥).

وَيَنْبَغِي لِلْمُوَكَّلِ إِذَا عَزَلَ الْوَكِيلَ فِي غَيْبِهِ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الْعَزَلِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ: «كُنْتُ عَزَلْتُهُ» لَا يُقْبَلُ.

ومحلُّه إذا أَنْكَرَ الْوَكِيلُ الْعَزَلَ؛ لِقَوْلِ الرَّافِعِيِّ فِي اخْتِلَافِ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ: وَلَوْ صَدَّقَهُ الْمُوَكَّلُ فِي الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ، وَلَكِنْ قَالَ: «كُنْتُ عَزَلْتُكَ قَبْلَ التَّصَرُّفِ» وَقَالَ الْوَكِيلُ: «بَلْ كَانَ الْعَزْلُ بَعْدَ التَّصَرُّفِ» فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ الزَّوْجُ: «رَاجِعْتُكَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ»، وَقَالَتْ: «انْقَضَتْ عِدَّتِي قَبْلَ أَنْ تَرَاجِعَنِي». انْتَهَى.

وَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ شَيْخُ مَشَائِخِنَا^(١) أَنْ يَكُونَ هَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمَا، أَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الثَّالِثِ كَالْمُشْتَرِي مِنَ الْوَكِيلِ فَلَا يُصَدَّقُ الْمُوَكَّلُ فِي حَقِّهِ مُطْلَقًا، وَفِي ذِكْرِ الْعَقْدِ إِشْعَارٌ بِاعْتِبَارِ الصَّبْغَةِ فِيهَا فَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِإِجَابٍ مِنَ الْمُوَكَّلِ كـ «وَكَلْتُكَ بِكَذَا» أَوْ «فَوَضْتُ إِلَيْكَ كَذَا» أَوْ «بِعْ» أَوْ «أَعِثْ كَذَا» سِوَاهُ أَكَانَ مُشَافَهَةً أَمْ كِتَابَةً أَمْ رِسَالَةً، لَكِنْ لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا قَبُولُ لَفْظًا بَلْ يَكْفِي عَدَمُ الرَّدِّ حَتَّى لَوْ قَالَ: «لَا أَقْبَلُ وَلَا أَفْعَلُ» بَطَلَتْ، فَلَوْ رَدَّ ثُمَّ نَدِمَ وَأَرَادَ أَنْ يَفْعَلَ لَمْ يَجْزُ، وَلَوْ وَكَّلَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ثَبِتَتْ وَكَائِلَتُهُ، حَتَّى لَوْ تَصَرَّفَ قَبْلَ الْعِلْمِ ثُمَّ بَانَ وَكِيلاً صَحَّ تَصَرُّفُهُ.

(وَالْوَكِيلُ) بِجُعْلٍ أَوْ مَتَبَرِّعًا (أَمِينٌ فِيمَا يَقْبِضُهُ) بِجَهَةِ الْوَكَالَةِ مِنْ نَحْوِ ثَمَنِ وَإِنْ لَمْ يُنْصَرْ لَهُ عَلَى قَبْضِهِ إِذَا كَانَ حَالًا؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِالتَّوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، بِخِلَافِ الْمُؤَجَّلِ لَا يَمْلِكُ قَبْضَهُ إِلَّا بِإِذْنِ مُسْتَأْنَفٍ وَحَقٌّ وَكُلٌّ فِي قَبْضِهِ، بِخِلَافِ التَّوَكِيلِ فِي إِثْبَاتِهِ لَا يَمْلِكُ بِهِ قَبْضَهُ، فَلَوْ وَكَّلَ فِي طَلَبِهِ قَالَ الرَّوْيَانِيُّ: فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ قَبْضُهُ، وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ: لَهُ قَبْضُهُ^(٢). انْتَهَى.

وَأُفْتِيَ ابْنُ الصَّلَاحِ^(٣) بِأَنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ بِالْمُطَالَبَةِ بِحَقِّهِ دَخَلَ فِيهَا مَا يَتَجَدَّدُ

(٢) «بحر المذهب» (٦/٧٨).

(١) «أُسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/٢٧٩).

(٣) «فَتَاوَى ابْنِ الصَّلَاحِ» (٢/٦٠٠).

ودخل فيما يقبضه: ما يقبضه عن جهة مضمنة.

وفي «فتاوي البغوي»: لو بعث رسولاً إلى بزاز ليأخذ ثوباً أي: سوماً، ففعل، ثم أنكر المرسِل هل يجب الضمان على الرسول؟ قال: إن أخبر البزاز بأنني رسول فلان فصدقه فدفع إليه لا ضمان على الرسول، أي: لو تلف في يده. انتهى.

ومقتضاه كما قال بعضهم: أنه لو لم يُنكر المرسِل ضمته دون الرسول.

(وَفِيمَا يَصْرِفُهُ) في نحو المبيع^(١) وأداء الحق والصدقة المؤكّل فيها، (و) لكونه أميناً فيما ذكر يُقبل قوله بيمينه في تلف المال ورده على المؤكّل وإن كان بجعل.

(وَلَا يَضْمَنُ) ما يقبضه ولا يصرفه فيما ذكر (إِلَّا بِتَقْرِيطٍ) منه فيه؛ كأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، أو سلّم المبيع قبل قبضه الثمن الحال، أو الثمن الحال قبل قبض المبيع، أو ضاع الثوب على الدلال وجهل سبب ضياعه أو سرقته أو سقوطه أو نسيائه بموضع أو تسليمه للمشتري كما في «فتاوي البغوي».

أو امتنع من التخلية بين المؤكّل وماله بعد طلبه، فلو كان مشغولاً بنحو طعام أو صلاة أو خاف فوت جماعة أو جمعة، قال الروياني^(٢): أو كان مشغولاً بشراء أو بيع يتضرّر بتركه، أو كان ليلاً وهو في الدكان فله أن يصبر إلى أن يفرغ، ولا يأنم بهذا التأخير.

فلو تلف في هذه المدة فقد روى الإمام والغزالي عن الأصحاب أنه لا يضمن وهو ما في كتب العراقيين، وفصل الإمام فقال: إن تلف في مدة التأخير بسبب يتلف به لو كان عند المالك لم يضمن، وإن تلف من التأخير ضمن، واختاره الغزالي، وحمل ما نقله عنهم عليه، ولو تلف بعد التأخير فادعى المؤكّل أن

(٢) «بحر المذهب» (٤٩/٦)

(١) في (ج) «المبيع».

التأخير بلا عذرٍ وادّعى الوكيلُ أنّه بعذرٍ، أو قال: «لم تطالبني» صدّق الوكيلُ، ولو وكلّه بالبيع فأخّره حتّى تلفَ أو بتسليم مالٍ إلى فلانٍ فأخّر مع القدرة حتّى تلفَ لم يضمن.

ولو دفع ثوباً إلى بزازٍ ليبيعه جاز له الدّفع إلى الدّلالٍ ليعرضه على البيع كما في «الأنوار»^(١).

وفيه أنّه لو دفع دابةً إلى دلالٍ ليبيعها فركبها لا للاتّفاع لم يضمن، فإن أراد أنّه ركبها لمصلحةٍ نحو حفظها أو سوقها فواضح.

ولا ينعزل الوكيلُ بالتفريط كما يُشعرُ به اقتصاره مع التفريط على الضّمان، بل يصحّ تصرّفه، ولا يلزم من ارتفاع الأمانة ارتفاع أصلِ الوكالة كالرهن، بخلاف الوديعة؛ لأنّها محض ائتمان.

وإذا باع وسلّم المبيع زال عنه الضّمان؛ لأنّه أخرجه من يده بإذن المالك، ولا يزول بمجرّد البيع، والثمن الذي يقبضه غير مضمون عليه؛ لأنّه لم يتعدّ فيه.

ولو ردّ عليه المبيع بعيب عاد الضّمان، ولو دفع إليه دراهم ليتصدّق بها فتصدّق ونوى نفسه لغت نيته ووقعت الصدقة للأمر، والمنفّي ضمان الاستقرار؛ لأنّه المتبادر من إطلاق الضّمان، وإلا فقد يكون طريقاً في الضّمان بدون تفريط، كما لو وكلّه بالبيع فباع وقبض الثمن فتلف في يده أو يد موكله ثم خرج المبيع مستحقاً، فإنّ المستحق يرجع بالثمن على من شاء منهما، والقرار على الموكل.

أو وكلّه بالشراء فقبض المبيع فتلف في يده أو يد موكله ثم بان مستحقاً فللمستحقّ مطالبة من شاء ببذل المبيع من مثل أو قيمة، والقرار على الموكل،

ولو كان الشراء فاسداً وتلف المبيع في يده أو يد موكله ضمنه لمالكه ورجع على موكله؛ لأن قرار الضمان عليه كما قاله الشيخان، واستشكل فيما إذا تلف في يده بأن الصواب عدم الرجوع؛ لأن الشراء الفاسد غير مأذون فيه، ولو أذن فيه فلا عبرة بالإذن^(١).

وأجاب شيخ مشايخنا^(٢) بأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه، وبأن يده فيما وكل فيه كيد موكله؛ لأنه أمينه.

أو وكله بالبيع فباع بتمن في الذمة واستوفاه ودفعه إلى الموكل وخرج مستحقاً أو معيلاً فردّه فللموكل أن يطالب المشتري بالتمن، وله أن يغرم الوكيل لأنه صار مسلماً للمبيع قبل أخذ عوضه، وفيما يغرمه وجهان، أحدهما: قيمة العين؛ لأنه فوتها، والثاني: التمن؛ لأن حقه انتقل إليه. فإن قلنا بالأول فأخذ منه القيمة طالب الوكيل المشتري بالتمن، فإذا أخذه دفعه إلى الموكل واسترد القيمة.

(ولا يجوز) للوكيل في البيع والشراء عند إطلاق الموكل بأن لم يقيّد بتمن ولا حلول ولا تأجيل ولا نقد، واقتصر على مجرد الإذن في البيع أو الشراء (أن يبيع، و) لا أن يشتري إلا بثلاثة شرائط):

أحدها: أن يكون البيع والشراء (بتمن المثل) فأكثر في الأول، وأقل في الثاني حسب ما يمكن، فإن نقص عنه في الأول أو زاد عليه في الثاني لم يصح البيع أو الشراء، نعم إن نقص عنه في الأول بقدر يتسامح به في المعاملة غالباً لم يضر، ومحله فيما يظهر حيث لم يوجد راعب بالتمام، وإن أوهم كلام شيخ مشايخنا خلافاً؛ إذ لا وجه لتجوز الإعراض عن الزيادة مع وجود باذله.

(١) ينظر «أمنى المطالب» (٢/ ٢٧٨).

(٢) «أمنى المطالب» (٢/ ٢٧٨).

أو زادَ عليه في الثاني بالقدر المذكور، فكما لو نقصَ عنه في الأول فيما يظهر، لكن هل محله عند الجهل بالحال، وإلا لم يصحَّ أيضًا؟ أو حيث لا يتأتى الشراء بدونه وإن علم الحال؟ فيه نظر، ولعل الثاني أقرب.

والثاني: أن يكون الثمن (نقدًا) أي: حالًا.

والثالث: أن يكون البيع أو الشراء (بنقد البلد) أي: بلد البيع لا بلد التوكيل، نعم إن سافر بما وكل فيه إلى بلد بغير إذن وباعه فيها اعتبر نقد بلد حقه أن يبيع فيها، كذا قرره شيخ مشايخنا^(١) تبعًا للشبكي وغيره، والأوجه أنهم أرادوا ببلد البيع ما يصح البيع فيه من غير ضمان، لا مطلقًا كما يفهمه الاستدراك المذكور. وقد تلخص من كلام الشيخين^(٢) أنه لو قال: «بيع في بلد كذا» تعين البيع فيه، وبطل في غيره، إن لم يقدر الثمن، أو نهاه عن البيع في غيره، (والأصح البيع في غيره)^(٣) وإن صار ضمانًا بالنقل، وأنه لو أطلق التوكيل في البيع في بلد فبيع فيه، فإن نقله إلى غيره ضمن أي: وإن صحَّ البيع.

وكبلد البيع بلد الشراء في صورة الشراء فيما يظهر قياسًا على صورة البيع، وهو مقتضى كلام المصنف وإن لم أره نصًا، فإن كان بالبلد نقدان لزمه في صورة البيع، وكذا في صورة الشراء فيما يظهر قياسًا على البيع بأغلبهما، فإن استويًا يُخيَّر بينهما، فإن باعَ بهما معًا قال الإمام والغزالي: جاز، وإن كان في عقد واحد، فإن نقصَ عن ثمن المثل مثلًا في صورة البيع أو زادَ عليه في صورة الشراء، أو باعَ بمؤجل، أو بغير نقد البلد لم يصحَّ البيع أو الشراء، لكنه لا

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٦٧).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٢٣٨)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣١٥).

(٣) زيادة من (ع)، (هـ).

يَصِيرُ ضَامِنًا لِلْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ مَا لَمْ يَسْلَمْهُ لِلْمُشْتَرِي أَوْ الْبَائِعِ، فَإِنْ سَلَّمَهُ ضَمِنَ فَيَسْتَرُدُّهُ إِنْ بَقِيَ، وَإِلَّا غَرَّمَ الْمُوَكَّلُ بِدَلِّهِ مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُشْتَرِي أَوْ الْبَائِعِ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ.

وَإِذَا اسْتَرَدَّهُ فَلَهُ يَبْعُهُ بِالْإِذْنِ السَّابِقِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَّ عَلَيْهِ بَعِيْبٍ أَوْ فُسَخِ، وَالْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ لَا يَبْعُهُ ثَانِيًا إِلَّا بِإِذْنٍ جَدِيدٍ؛ لَوْ جُودَ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ النَّاقِلِ لِلْمَلِكِ هُنَا لَا هُنَاكَ أَيْ: فِي صُورَةِ الْبَيْعِ.

وَقَضِيَّةُ إِطْلَاقِ الْمُصَنَّفِ امْتِنَاعُ الْبَيْعِ بَغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَإِنْ كَانَ أَحْظَ لِلْمُوَكَّلِ أَوْ لَا حَظَّ لَهُ فِي غَيْرِهِ، وَبِالْمُؤَجَّلِ وَإِنْ كَانَ لِحَفْظِ الثَّمَنِ مَوْنَةً فِي الْحَالِ، أَوْ كَانَ الْوَقْتُ وَقْتُ نَهْبٍ أَوْ سَرَقَةٍ، وَالشِّرَاءُ بِالْمُؤَجَّلِ، لَكِنْ الَّذِي فِي «الرَّوَضَةِ»^(١) وَ«أُصْلِحَهَا»^(٢) أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ مُطْلَقًا نَسِئَةً بِثَمَنِ مِثْلِهِ نَقْدًا جَارًا؛ لِأَنَّهُ زَادَ خَيْرًا، وَلِلْمُوَكَّلِ تَفْرِيعٌ ذَمَّتْهُ بِالتَّعْجِيلِ. انْتَهَى.

فَيُمْكِنُ حُمْلُ مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْمُصَنَّفِ عَلَى مَا لَوْ زَادَتْ النَّسِئَةُ عَلَى النَقْدِ وَبَغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ وَإِنْ كَانَ أَحْظَ لِلْمُوَكَّلِ وَلَا حَظَّ لَهُ فِي غَيْرِهِ، وَلَا يَبْعُدُ الْفَرْقُ بَيْنَ الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ فِي هَذَا.

وَبِمَا تَقَرَّرَ فِي شَرْحِ كَلَامِهِ يُعْلَمُ أَنَّ تَقْيِيدَهُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ إِنَّمَا هُوَ لِلْإِحْتِرَازِ فِي صُورَةِ الْبَيْعِ عَنِ النُّقْصَانِ فَقَطْ، وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ النُّقْصُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ رَاغِبٌ، بِخِلَافِ مَا زَادَ فَلَيْسَ لَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَيْهِ مَعَ وَجُودِ رَاغِبٍ بِزِيَادَةٍ، بَلْ لَوْ ظَهَرَ رَاغِبٌ بِهَا قَبْلَ لَزُومِ الْعَقْدِ وَجَبَ فَسْخُ الْبَيْعِ، فَإِنْ لَمْ يَفْسَخْهُ انْفَسَخَ.

نَعَمْ إِنْ عَيَّنَ الْمُشْتَرِي أَوْ نَهَا عَنْ الزِّيَادَةِ امْتَنَعَتِ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، وَفِي صُورَةِ

(٢) «الشرح الكبير» (٢٤٠ / ٥)

(١) «روضة الطالبين» (٣١٨ / ٤).

الشُّرَاءِ عَنِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ فَقَطْ فَلَهُ النِّقْصُ عَنْهُ، وَإِنْ عَيَّنَ الْمُوَكَّلُ الْبَائِعَ، بَلْ يَجِبُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

وخرَجَ بِإِطْلَاقِ الْمُوَكَّلِ: مَا لَوْ قَيَّدَ بِشَيْءٍ مِمَّا تَقَدَّمَ، فَيَتَّبِعُ، نَعَمْ إِنْ وُجِدَ رَاغِبٌ بِزِيَادَةٍ عَلَى مَا عَيَّنَهُ تَعَيَّنَ الْبَيْعُ بِهَا إِنْ لَمْ يَنْهَهُ عَنْهَا وَلَا عَيَّنَ الْمُشْتَرِي، وَلَا أَمْتَعَ الْبَيْعُ بِهَا، أَوْ قَالَ لَهُ: «بِعْ بِالْمُؤَجَّلِ» فَبَاعَ بِالْحَالِّ، أَوْ بِمُؤَجَّلٍ بِأَجَلٍ أَقْصَرَ بِقِيَمَتِهِ مُؤَجَّلًا بِذَلِكَ الْأَجَلِ، أَوْ بِالثَّمَنِ الَّذِي قَدَّرَهُ لَهُ الْمُوَكَّلُ، وَلَا غَرَضَ لِلْمُوَكَّلِ فِي ذَلِكَ الْأَجَلِ، أَوْ «اشْتَرِ بِحَالٍ» فَاشْتَرَى بِمُؤَجَّلٍ بِقِيَمَةِ الْحَالِّ وَلَا غَرَضَ لِلْمُوَكَّلِ صَحَّ، وَلَا فَلَا.

وحيثُ قَيَّدَ بِالْأَجَلِ^(١) فَإِنْ بَيَّنَّ قَدْرَهُ فَذَلِكَ، وَإِلَّا عَمِلَ بِالْعُرْفِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْمَبِيعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ عُرْفٌ فَبِالْأَنْفَعِ لِلْمُوَكَّلِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَنْفَعٌ تَخِيرٌ، وَقِيَاسٌ وَجُوبُ الْإِشْهَادِ عَلَى عَامِلِ الْقِرَاضِ فِي الْبَيْعِ بِالْمُؤَجَّلِ وَجُوبُهُ هُنَا، وَبِهِ صَرَّحَ الْقَاضِي، قَالَ: فَإِنْ تَرَكَهُ ضَمِنَ.

وَقَالَ الزُّوْيَانِيُّ: إِذَا بَاعَهُ إِلَى مَدَّةٍ وَقُلْنَا: يَجِبُ الْإِشْهَادُ فَلَمْ يَشْهَدْ، لَكِنْ أَخَذَ خَطَّهُ، وَقَاضِيَ الْبَلَدَ يَرَى الْعَمَلَ بِالْخَطِّ هَلْ يَضْمَنُ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَضْمَنُ. انْتَهَى.

وَإِذَا حُلَّ الْأَجَلُ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ إِلَّا بِإِذْنِ جَدِيدٍ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَكَّلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا، فَلَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ الْحَالِّ إِنْ لَمْ يَمْنَعَهُ مِنْ قَبْضِهِ.

(وَلَا يَجُوزُ) لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ أَوْ الشُّرَاءِ (أَنْ يَبِيعَ) وَلَا أَنْ يَشْتَرِيَ مَا وَكَّلَ فِي بَيْعِهِ أَوْ شِرَائِهِ (مِنْ نَفْسِهِ) وَلَا مُوَلِّيهِ، وَإِنْ أَذِنَ الْمُوَكَّلُ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ وَنَهَى عَنِ

(١) فِي (ح)، (ن): «بِالْمُؤَجَّلِ».

الزَّيَادَةُ؛ لِتَضَادِّ غَرَضِي الْإِسْتِرْخَاصِ لِهَمَا وَالِاسْتِقْصَاءِ لِلْمُوَكَّلِ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ
امْتِنَاعَ اتِّحَادِ الْمُوجِبِ وَالْقَابِلِ وَإِنْ انْتَفَتِ التُّهْمَةُ، وَلِهَذَا لَوْ وَكَّلَهُ لِيَهَبَ مِنْ نَفْسِهِ
لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ انْتَفَتِ التُّهْمَةُ، فَاَنْدَفَعَ مَا بَحَثَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ وَغَيْرُهُ هُنَا.

فَلَوْ اشْتَرَى مِنْ نَفْسِهِ وَسَلَّمَهُ الْمُوَكَّلُ فَأَتَلَقَهُ ضَمَنَهُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى
الْوَصِيَّ مِنْ نَفْسِهِ طَعَامًا لِمَحْجُورِهِ وَأَطْعَمَهُ إِيَّاهُ لَا يَضْمَنُهُ الْمَحْجُورُ.

وَكُنْفَسِهِ وَمُؤَلَّيْهِ: عَبْدُهُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا، وَالْحَقُّ بِهِ
عَامِلُهُ فِي الْقِرَاضِ إِذَا بَاعَهُ لِحِجَّةِ الْقِرَاضِ، وَخَرَجَ بِهِمْ؛ كَالْكَامِلِينَ مِنْ
أَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ، وَأَصُولِ مُوَكَّلِهِ وَفُرُوعِهِمْ وَمَكَاتِبِهِمْ، وَكُمُولَيْهِ الَّذِي لَيْسَ
تَحْتَ حَجَرِهِ، فَلَهُ الْبَيْعُ لَوْلَيْهِ لَهُ، وَقَيَّدَ أَخَذًا مِنْ كَلَامِ الشَّوَيْبِيِّ فِي تَعْلِيلِهِ عَلَى
«التَّنْبِيهِ» بِمَا إِذَا قَدَّرَ الْمُوَكَّلُ الثَّمَنَ وَمَنَعَ مِنَ الزَّيَادَةِ.

وَلَوْ تَوَكَّلَ فِي تَرْوِيجٍ أَوْ اسْتِيفَاءٍ حَدٍّ غَيْرِ قَطْعِ سَرَقَةٍ أَوْ قِصَاصٍ أَوْ دَيْنٍ مِنْ نَفْسِهِ
لَمْ يَجُزْ، وَكَذَا فِي قَطْعِ سَرَقَةٍ مِنْ نَفْسِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخَانِ هُنَا، لَكِنَّهُمَا صَرَّحَا فِي
بَابِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ بِخِلَافِهِ، أَوْ فِي طَرَفِي نَحْوِ عَقْدٍ لَمْ يَجُزْ، وَلَهُ اخْتِيَارُ أَحَدِهِمَا،
أَوْ فِي إِبْرَاءِ نَفْسِهِ أَوْ إِعْتَاقِهَا أَوْ الْعَفْوِ عَنْهَا مِنَ الْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ جَازًا.

وَفِي صُورَةِ الْإِبْرَاءِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: يُشْتَرَطُ إِبْرَاءُ نَفْسِهِ فِي الْحَالِ، فَإِنْ أَخَّرَ لَمْ
يَصِحَّ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ، وَقَالَ الشُّبْكِيُّ: يَنْبَغِي أَلَّا يُشْتَرَطَ الْقَوْرُ لَا سِيَّمَا
إِنْ كَانَ ذَلِكَ بِلَفْظِ الْوَكَالَةِ.

(وَلَا) يَجُوزُ لِمَنْ وَكَّلَ فِي خُصُومَةٍ أَنْ يُقَرَّرَ عَلَى مُوَكَّلِيهِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ
الْمُدَّعِي بِمَا يُبْطِلُ حَقَّهُ، مِنْ نَحْوِ قَبْضٍ أَوْ إِبْرَاءٍ أَوْ قَبُولِ حَوَالَةٍ أَوْ مَصَالِحَةٍ أَوْ
تَأْجِيلِ الْحَقِّ، سِوَاءَ أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ الْحَكَمِ أَمْ فِي غَيْرِهِ، كَمَا لَا يَجُوزُ إِبْرَاؤُهُ وَلَا

مصالحته؛ لأنَّ اسمَ الخصومة لا يتناولُهما، ولا تعدُّله بينة المدعى، ومثله تعدُّله بينة المدعى عليه؛ لأنَّه كالإقرار في كونه قاطعاً للخصومة، وليس للوكيل قطعُ الخصومة بالاختيار، وينعزلُ بالإقرار والتَّعديل دونَ الإبراء والمُصالحة. ووكيلُ المدعى يدَّعي ويحلفُ الخصمُ، أو يُقيمُ البينة ويثبتُ عدالتها ويطلبُ الحكم، ويفعلُ سائرَ ما هو وسيلةٌ إلى الإثبات، ووكيلُ المدعى عليه ينكرُ ويطعنُ في الشَّهود ويدافعُ جهده.

وتقبلُ شهادةُ الوكيل على المُوكَّل، وكذا له فيما ليس وكيلاً فيه لا فيما هو وكيلٌ فيه، إلَّا إنْ عُرِّلَ قَبْلَ الخَوْضِ في الخصومة، ولو اعترفَ الخصمُ بالوكالةِ فللوكيلِ مخاصمته لكن ليس للحاكم أن يحكمَ بالوكالةِ كما قاله الهروي^(١).

وللخصم أن يمتنعَ من مخاصمته حتَّى يقيمَ بينةً بوكالته، قال البلقيني: وفائدة جوازِ المُخاصمة مع جوازِ الامتناعِ فيها إلزامُ الحقِّ للموكَّل لا دفعُهُ للوكيل^(٢). أي: لأنَّه قد يُجِبُّ إلى المُخاصمة فيلزمُ الحقُّ بحكمِ الحاكم، ولا يجبُ عليه دفعُهُ للوكيلِ بدونِ إثباتِ وكالته.

قال شيخُ مشايخنا: ولعلَّ من فوائده أيضاً أنَّه لو أقامَ بينةً بوكالته لا يحتاجُ الخصمُ^(٣) في إلزامه الخصمَ بالدفعِ للوكيلِ إلى إعادةِ الدَّعوى^(٤).

بخلافِ ما لو لم يعترف بها فلا يخاصمُه، لكن له تحليفُه أنَّه لا يعلمُها إنْ ادَّعى أنَّه وكيلٌ في الخصومة، لا إنْ ادَّعى أنَّه وكيلٌ في الاستيفاء؛ لأنَّه لو صدَّقه لم يلزمه دفعُ الحقِّ إليه، وللوكيلِ إثباتُ الوكالةِ في غيبةِ الخصمِ ولو في البلدِ ولو

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٤).

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٣).

(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٤).

(٣) في «أسنى المطالب» «الحاكم».

بدونِ نَضْبٍ مُسَخَّرٍ وتقدُّمِ دَعْوَى حَقِّ الْمُوَكَّلِ عَلَى الْخَصْمِ، وإذا سَمِعَ الْقَاضِي دَعْوَى الْوَكِيلِ قَبْلَ إِبْتَائِهِ الْوَكَاةَ ظَانًّا أَنَّهُ يَدَّعِي لِنَفْسِهِ ثُمَّ أَثْبَتَ وَكَالَتْهُ اسْتَأْنَفَ الدَّعْوَى، قَالَ الْقَاضِي (١).

قُلْتُ: وَلَعَلَّ الْجَمْعَ بَيْنَ هَذَا وَمَا تَقَرَّرَ قَبْلَهُ الْمُصْرِّحُ بِصَحَّةِ الدَّعْوَى قَبْلَ إِبْتَائِ الْوَكَاةِ أَنَّ ذَاكَ عِنْدَ عِلْمِ الْقَاضِي بِأَنَّهُ يَدَّعِي بِالْوَكَاةِ، بِخِلَافِ هَذَا.

وَلَوْ أَثْبَتَ الْمُدَّعِي الْمَالَ فِي وَجْهِ وَكَيْلِ الْغَائِبِ فَحَضَرَ وَادَّعَى عَزْلَهُ، أَوْ أَنْكَرَ وَكَالَتْهُ لَمْ تَسْمَعْ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْحَكَمَ عَلَى الْغَائِبِ جَائِزٌ.

قُلْتُ: فَهَلْ يُقَيَّدُ بِمَا إِذَا تَوَقَّرَتْ شُرُوطُ الْحَكَمِ عَلَى الْغَائِبِ (إِلَّا بِإِذْنِهِ) أَيِ: الْمُوَكَّلِ لَهُ فِي الْإِقْرَارِ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يُلْزَمُ بِهِ الشَّرَاءُ فَأَشْبَهَ الشَّرَاءَ وَسَائِرَ التَّنَصُّفَاتِ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ عَنْ حَقٍّ فَلَا يَقْبَلُ التَّوَكِيلُ كَالشَّهَادَةِ. قَالَ الشَّيْخَانِ وَغَيْرُهُمَا: وَهُوَ الْأَصَحُّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ.

وَعَلَيْهِ: فَهَلْ يَجْعَلُ مُقَرَّرًا بِنَفْسِ التَّوَكِيلِ أَوْ جَهْلِ أَحَدِهِمَا؟ نَعَمْ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاصِّ وَاخْتَارَهُ الْإِمَامُ، وَفِي «الرَّوَضَةِ» (٢) أَنَّهُ أَصَحُّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ.

وَصَوْرَتُهُ: أَنْ يَقُولَ: «وَكَلَّيْتُكَ لِتَقْرَأَ عَنِّي لِفُلَانٍ بِكَذَا» فَلَوْ لَمْ يَقُلْ: «عَنِّي» لَمْ يَجُزْ، كَمَا قَالَ الْقَاضِي، وَلَوْ قَالَ: «أَقْرَأْ لِفُلَانٍ عَلَيَّ بِالْفِ» لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا قَطْعًا، صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ «التَّعْجِيزِ»، «أَوْ أَقْرَأَ عَنِّي لِفُلَانٍ بِالْفِ لَهُ عَلَيَّ» فَهُوَ إِقْرَارٌ قَطْعًا كَمَا نَقَلَهُ فِي «زِيَادَةِ الرَّوَضَةِ» عَنِ الْجُرْجَانِيِّ وَغَيْرِهِ (٣).



(١) يَنْظُرُ: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/ ٢٧٤).

(٢) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٤/ ٢٩٣).

(٣) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٤/ ٢٩٣).

(فَصْلٌ) فِي الْإِقْدَارِ

وهو لغة: الإثبات، مِنْ قَرَّ الشَّيْءُ يُقَرَّرُ قَرَارًا إِذَا ثَبَتَ.

وشرعاً: إخبارٌ عن حقٍّ سابقٍ لغيره عليه.

(والمُقَرَّرُ بِهِ ضَرْبَانِ: حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى) المَحْضُ؛ كالحَدِّ فِي الزَّنا، وَالشَّرْبِ، وَالْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ وَالْمُحَارَبَةِ، (وَحَقُّ الْآدَمِيِّ) المَحْضُ؛ كدَيْنِ الْمُعَامَلَاتِ، وَالْمَالِ الْمَأْخُوذِ بِسَرْقَةٍ أَوْ مُحَارَبَةٍ، وَمَهْرٍ مَنْ أَقْرَأَهُ أَكْرَمَهَا عَلَى الزَّنا وَالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ، وَغَيْرُ المَحْضِ؛ كَالزَّكَاةِ، وَالْكَفَّارَةِ، وَمَالِ الْمَسْجِدِ.

(فَحَقُّ اللَّهِ تَعَالَى) المَحْضُ (يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهِ عَنِ الْإِقْدَارِ بِهِ) بَنَحْوِ قَوْلِهِ: «كَذَبْتُ» أَوْ «رَجَعْتُ» أَوْ «مَا زَيْتُ» أَوْ «لَا حَدَّ عَلَيَّ» كَمَا قَالَ الْمَاوُزِدِيُّ، قَالَ: مَعَ اِحْتِمَالٍ فِيهِ^(١).

أَوْ «أَتْرَكُونِي» كَمَا قَالَ صَاحِبُ «التَّقْرِيبِ»، وَقَالَ الْقَمُولِيُّ: يَظْهَرُ تَخْرِيبُهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي قَوْلِهِ: «لَا تَقِيمُوا عَلَيَّ الْحَدَّ»، أَوْ «لَا أُرِيدُ الْحَدَّ»، وَالْأَصَحُّ الْمَنْعُ.

أَوْ: «فَاخَذْتُ فَظَنْتُهُ زِنًا» أَيْ: أَوْ «مَا سَرَقْتُ مُطْلَقًا» أَوْ «مِنْ حَرَزِهِ» وَلَوْ فِي أَثْنَائِهِ فَيَسْقُطُ كُلُّهُ أَوْ بَاقِيهِ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «ادْرُؤُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»^(٢) وَهَذِهِ^(٣) شَبْهَةٌ؛ لَجَوَازِ صَدَقِهِ فِي الرُّجُوعِ، وَلِتَعْرِضِهِ ﷺ لِمَاعِزِ بِالرُّجُوعِ بِقَوْلِهِ:

(١) «الحاوي الكبير» (٢١٢/١٣).

(٢) رواه الترمذي (١٤٢٤) من حديث أم المؤمنين عائشة، ورجح وقفه، وقال: وفي الباب عن أبي هريرة، وعنه الله بن عمرو.

وضعه ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٩٤)، والألباني في «إرواء الغليل» (٢٣٥٥).

(٣) في (ح): «ولهده».

«لَعَلَّكَ قَبَلْتُ، لَعَلَّكَ لَمَسْتُ، أَبِكَ جُنُونًا»^(١).

فلو قُتِلَ الْمُحَصِّنُ فعلى قاتله المحصن بعد رجوعه الدية لا القصاص؛
لاختلاف العلماء في سقوط الحد بالرجوع، أو تَمَمَ الإمام حدَّ مَنْ رَجَعَ في
أثنائه مع علمه بسقوطه، فعليه المال لا القصاص لما ذُكِرَ.

لكن هل يجبُ عليه نصفُ الدية لأنه مات من مضمون وغيره، أو القسطُ
من توزيع الدية على السباط؟

قولان، أقربهما كما قال شيخ مشايخنا^(٢): الثاني، كما لو ضربته زائدة على
حدِّ القذف فمات.

ولو شهدوا بإقراره فكذبهم ولو قبل الحكم به كأن قال: «ما أقرزت» لم
يقبل، لأنه تكذيب للشهود والقاضي، أو كذب نفسه في إقراره قبل، ولو قال:
«لا تحدوني» أو امتنع من تسليم نفسه أو هرب فليس برجوع، لكن يكف عنه
في الحال، فإن رجع ولا حد، فإن لم يكف عنه فمات فلا ضمان، ولو أقر بالزنا
مثلاً وقامت البينة عليه ثم رجع عن إقراره فهل يسقط الحد؟ لأنه لا أثر للبينة
مع الإقرار وقد بطل، أو لا لبقاء حجة البينة كما لو شهد عليه ثمانية فرداً أربعة؟
وجهان، قال الماوردي: الأصح عندي اعتبار أسبقهما.

قال شيخ مشايخنا: وينبغي تقييد محل الخلاف بما قبل الحكم أو بعده
وقد أسند إليهما معاً أو أطلق، فإن كان بعده وقد أسند إلى أحدهما فقط فهو
المعتبر قطعاً، ثم رأيت الزركشي أشار إلى بعض ذلك^(٣). انتهى.

(١) رواه البخاري (٦٨١٥، ٦٨٢٤)، ومسلم (١٦٩١).

(٢) «أسنى المطالب» (٤/١٣٢).

(٣) «أسنى المطالب» (٤/١٣٢).

وظاهر أنه حيث اعتبر الإقرار فأسقطه الرجوع جاز العمل بالبينة بشرطها، وقد يتجه حيث لم يُسند الحكم إلى خصوص أحدهما اعتبار البينة مطلقاً؛ لأنها في حق الله تعالى أقوى من الإقرار، لقبول الرجوع عنه، بخلاف حق آدمي؛ فإن الإقرار فيه أقوى، ولهذا يثبت به من غير حكم، بخلاف البينة فيكون هو المُعتبر والحكم مسنداً إليه مطلقاً.

ولو أقر بالسرقة ثم رجع ثم كذب رجوعه قال الدارمي: لا يُقطع^(١)، ولو أقر بالزنا ثم قال «حدثت»^(٢) ففي قبول قوله في الحد احتمالان للروائي^(٣)، قال بعضهم في باب البغاة من «الرافعي»^(٤) عن «الثممة»: إن من عليه حد إذا ادعى أنه أقيم عليه صدق إن كان أثره باقياً على بدنه، وكذا إن لم يكن إذا ثبت بإقراره. وسكت عليه الرافعي، وهو جزم منه بأحد الاحتمالين. انتهى.

وقد علم مما تقدم في شرح كلامه أن فائدة الرجوع عن الإقرار بالسرقة والمحاربة سقوط القطع وتحتم القتل دون المال وأصل القتل، وعن الإقرار بإكراهها على الزنا، أو بالزنا بها حد الزنا لا مهرها في الأول، وحد قذفها في الثاني، واقتصار المصنف على صحة الرجوع لا يُنافي استحبابه الذي رجحه في «الروضة»^(٥) في الإقرار بالزنا والشرب، ومثلهما غيرهما من متعلقات حقوق الله تعالى كما هو ظاهر، فيستحب للمقر بالسرقة رجوع ليسقط القطع دون المال؛ نحو: «لم أسرقه من حرز».

ولا يُنافي استحباب الرجوع كما قال الزركشي ما ذكره في الشهادات أن من ظهر عليه حد استحجب له أن يأتي الإمام ليقيمه عليه لفوات السر؛ لأن

(١) بطر «أسنى المطالب» (٤/١٥٠).

(٢) في (ج): «حدولي».

(٣) «محر المذهب» (١٤/١١٣).

(٤) «الشرح الكبير» (١١/٨٤).

(٥) «روضة الطالين» (١٠/٩٦).

المُرَادُ بِالظُّهْرِ أَنْ يَطَّلَعَ عَلَى زِنَاهُ مَنْ لَا يَثْبُتُ الزَّانَا بِشَهَادَتِهِ فَيُسْتَحَبُّ لَهُ ذَلِكَ،
أَمَّا الْمُقَرُّ فَيُسْتَحَبُّ لَهُ الرُّجُوعُ لِمَا مَرَّ^(١)، وَكَمَا يُسْتَحَبُّ الرُّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ
يُسْتَحَبُّ السَّتْرُ عَلَى نَفْسِهِ بَأَلَّا يُظْهَرَ الْمَعْصِيَةُ لِيُحَدَّثَ أَوْ يُعَزَّرَ، فإِظْهَارُهَا خِلَافُ
الْمُسْتَحَبِّ، أَمَّا التَّحَدُّثُ بِهَا تَفَكُّهُنَّ أَوْ مُجَاهَرَةً فَحَرَامٌ قَطْعًا.

وَتَرْكُ الشَّاهِدِ الشَّهَادَةَ بِهَا إِنْ رَأَاهُ مَصْلَحَةً، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَرِ مَصْلَحَةً فِيهَا عَلَى
الْأَوْجَهِ عِنْدَ شَيْخِ مُشَايخِنَا^(٢)، فَإِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي الشَّهَادَةِ شَهِدَ، وَمَحَلُّ
اسْتِحْبَابِ تَرْكِهَا إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ (بَتَرْكِهَا إِجْبَابُ حَدِّ الْغَيْرِ، فَإِنْ تَعَلَّقَ)^(٣) بِهِ ذَلِكَ
كَأَنَّهُ شَهِدَ ثَلَاثَةً بِالزَّانَا لَزِمَ الرَّابِعُ الْأَدَاءُ.

وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي التَّعْرِیْضُ:

* لَمَنْ جَهِلَ وَجوبَ الْحَدِّ بِأَنْ أَسْلَمَ قَرِيبًا، أَوْ أَسْلَمَ بَعِيدًا عَنِ الْعُلَمَاءِ مِمَّنْ
أَتَتْهُمْ بِمَا يُوجِبُ شَيْئًا مِنْ حَقُوقِ اللَّهِ بِأَنْ يُنْكِرَ مَا أَتَتْهُمْ بِهِ سِتْرًا لِلْقَبِيحِ إِنْ لَمْ
تَكُنْ بَيِّنَةً، وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ لَهُ التَّعْرِیْضُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْذِيبِ الشُّهُودِ،

* وَلَمَنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ بِالرُّجُوعِ عَنِ إِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِجَوَازِ الرُّجُوعِ،

* وَلِلشُّهُودِ بِالتَّوَقُّفِ إِنْ رَأَاهُ مَصْلَحَةً، وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ.

وَلَا يُعْرِضُ بِمَا يُسْقِطُ حَقَّ الْآدَمِيِّ مِنْ عَقُوبَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، فَلَا يُعْرِضُ فِي السَّرْقَةِ
بِمَا يُسْقِطُ الْعُرْمَ، وَإِنَّمَا يَسْعَى فِي دَفْعِ الْقَطْعِ كَمَا أَنَّ فِي حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى يُسْتَحَبُّ
السَّتْرُ، وَفِي حَقُوقِ الْعِبَادِ يَجِبُ الْإِظْهَارُ وَالتَّعْرِیْضُ كَقَوْلِهِ فِي الزَّانَا: «لَعَلَّكَ
لَا مَسْتَتَّةٌ»، وَفِي شُرْبِ الْخَمْرِ: «لَعَلَّكَ مَا عَلِمْتَهُ خَمْرًا»، وَفِي السَّرْقَةِ: «لَعَلَّكَ
سَرَقْتَ مِنْ غَيْرِ حَرِيٍّ».

(٢) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٤/ ١٣١).

(١) يَنْظُرُ. «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٤/ ١٣١).

(٣) لَيْسَ فِي (ع)، (هـ).

وخرَجَ به التَّصْرِيحُ؛ كقوله: «ارجع عن الإقرار» فيحُرِّمُ؛ لأنَّه أمرٌ بالكذبِ.
 (وَحَقُّ الْآدَمِيِّ) مُطْلَقًا (لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ بِهِ) وَلَا يَجُوزُ كَنَمُهُ،
 بَلْ يَجِبُ الْإِقْرَارُ بِهِ لِيُسْتَوْفَى مِنْهُ، وَلَا كَتَمُ الشَّهَادَةِ بِهِ مُطْلَقًا وَلَا التَّعْرِيفُ بِمَا
 يَسْقِطُهُ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَالْفَرْقُ أَنَّ حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُسَامَحَةِ، وَحَقُّ الْآدَمِيِّ عَلَى
 الْمُسَاحَةِ^(١)، نَعَمْ إِنْ صَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي الرُّجُوعِ بَطَلَ الْإِقْرَارُ إِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ
 اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ ثُمَّ رَجَعَ وَصَدَّقَهُ الْعَبْدُ، أَوْ ادَّعَى
 جَارِيَةً وَحَكَمَ لَهُ بِهَا بِيَمِينِهِ فَأَوْلَدَهَا ثُمَّ كَذَبَ نَفْسَهُ وَقَالَ: «لَيْسَتْ لِي»، وَصَدَّقَتْهُ
 الْجَارِيَةُ لَمْ تَبْطُلِ الْحُرِّيَّةُ فِي الْأُولَى، وَلَمْ يُحْكَمْ بِرِقِّ الْوَلَدِ فِي الثَّانِيَةِ، وَلَا تُرَدُّ
 الْجَارِيَةُ إِلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ بِالْغَيْرِ ثُمَّ رَجَعَ وَصَدَّقَهُ فِيهِ قَبُولِ رُجُوعِهِ وَجِهَانٍ، رَجَعَ مِنْهُمَا
 صَاحِبُ «الرَّوَضِ» تَبَعًا لِلْعَمْرَانِيِّ وَغَيْرِهِ الْمَنْعِ.

قَالَ الْمَاوَرَدِيُّ^(٢): وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي حَدِّ الْمُقَرِّ بِهِ فَقِيلَ: كُلُّ مَا جَازَتْ
 الْمَطَالِبَةُ بِهِ وَقِيلَ: كُلُّ مَا جَازَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ وَهُوَ أَصَحُّ. انْتَهَى.

وَقَوْلُهُ: «جَازَتْ الْمَطَالِبَةُ بِهِ» أَي: عِنْدَ تَلَفِّهِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَحِينَئِذٍ يَظْهَرُ
 التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ.

(وَتَفْتَقِرُ صِحَّةُ الْإِقْرَارِ) مُطْلَقًا (إِلَى ثَلَاثَةِ شَرَائِطَ):

(١) (الْبُلُوغُ) فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ صَبِيِّ، نَعَمْ مَنْ أَقَرَّ بِالْبُلُوغِ بِاحْتِلَامٍ أَوْ حَيْضٍ
 مُمَكِّنٍ صُدِّقَ بِمَا يَمِينٍ، وَإِنْ فُرِضَ ذَلِكَ فِي خُصُومَةٍ بَنَحُو بَطْلَانِ تَصَرُّفِهِ؛ لِأَنَّهُ

لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، فَلَوْ بَلَغَ مَبْلَغًا يُقْطَعُ فِيهِ بِلُوغِهِ قَالَ الْإِمَامُ: فَالظَّاهِرُ أَيْضًا أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ أَنَّهُ كَانَ بِالْغَا حِينَئِذٍ لَانْتِهَاءِ الْخُصُومَةِ، وَلَوْ ادَّعَى الْغَازِي الْبُلُوغَ بِالْإِحْتِلَامِ وَطَلَبَ سَهْمَهُ عَنِ الْمُقَاتِلَةِ حَلَفَ وَجَوَّبَا إِنْ أَتَاهُمَا، وَأَخَذَ السَّهْمَ فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَمْ يَأْخُذْ شَيْئًا.

وَاسْتَشْكَلَ الْإِسْنَوِيُّ^(١) تَحْلِيفَهُ هُنَا بَعْدَ تَحْلِيفِهِ لِلْبُلُوغِ، وَإِنْ قُرِئَتْ خُصُومَةٌ كَمَا مَرَّ.

وَأَجَابَ شَيْخُ مَشَايِخُنَا بِأَنَّ الْكَلَامَ هُنَاكَ فِي وَجُودِ الْبُلُوغِ فِي الْحَالِ، وَهَذَا فِي وَجُودِهِ فِيْمَا مَضَى؛ لِأَنَّ صَوْرَتَهَا أَنَّ تَنَازَعَ الصَّبِيِّ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ فِي بُلُوغِهِ حَالَةَ الْحَرْبِ^(٢).

أَي: مَعَ وَجُودِ بُلُوغِهِ فِي الْحَالِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُؤْخَذَ مَا هُنَا عَلَى إِطْلَاقِهِ، وَيُجَابُ بِاسْتِنَاءِ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ الْإِحْتِيَاظِ لِمُزَاحِمَةِ الْغَانِمِينَ، وَيَرُدُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَدْ تَوَقَّرَ هُنَاكَ دَاعِي الْإِحْتِيَاظِ مَعَ أَنَّهُمْ لَمْ يَلْتَفِتُوا إِلَيْهِ، أَمَّا الْبُلُوغُ بِالسِّنِّ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ خَبِيرَةٍ^(٣) تَذَكَّرُ عِدَّةَ السِّنِّ لاختلاف الأثمة فيه، نَعَمْ يَنْجُو الْإِكْتِفَاءُ بِإِطْلَاقِ الْفَقِيهِ الْمُوَافِقِ، فَلَوْ شَهِدَتْ بِأَنَّهُ بَالِغٌ وَلَمْ يَعْيُنُوا بِأَيِّ وَجْهِ بَلَغَ سَمِعَتْ، كَمَا فِي «الْأَنْوَارِ»^(٤) فِي آخِرِ الشَّهَادَاتِ عَنِ الْقَفَالِ، وَلَوْ أُطْلِقَ الْإِقْرَارُ بِالْبُلُوغِ وَلَمْ يُعَيَّنْ أَنَّهُ بِالْإِحْتِلَامِ أَوْ السِّنِّ فِي قَبُولِهِ وَجِهَانٍ. قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالْمُخْتَارُ اسْتِفْسَاؤُهُ^(٥). انْتَهَى.

وَلَا يَبْعُدُ تَرْجِيحُ الْقَبُولِ حَمَلًا عَلَى الْجِهَةِ الْمَقْبُولَةِ مِنْهُ، وَلَوْ أَقْرَأْتُمْ ادَّعَى أَنَّهُ صَغِيرٌ مَعَ الْإِمْكَانِ صُدِّقَ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ، أَوْ تُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ صَغِيرًا حِينَئِذٍ

(١) «المهمات» (٥/٥٦٨).

(٢) «أسنى المطالب» (٢/٢٨٨).

(٣) فِي (ع)، (هـ): «خيرة»، وَفِي (ك): «ذِي خيرة».

(٤) «الأنوار» (٢/٥).

(٥) يَطْرُقُ: «أسنى المطالب» (٢/٢٨٨).

واحتمل صدق بيمينه، وعلى المقر له فيهما البيئة ببلوغه بالسِّنِّ أو بمُشاهدة الإنزال أو بإقراره بالبلوغ، فلو انتهى في الأولى إلى حالة يتحقق بلوغه فيها وأراد خصمه تحليفه أنه كان حين الإقرار صبيًا لم يحلف كما أخذ مما تقدم أولاً عن الإمام، ولو رجع وأقر أنه كان بالغًا حينئذ قال الإمام: يُقبل. وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه لا يُقبل، وطريق قبوله أن يدعي أنه بلغ بعد ذلك.

ولو أقر أنه بالغ ثم ادعى أنه غير بالغ لم يرجع إليه، ولو باع شيئًا وادعى المشتري أنه صغير والبيع فاسد قال ابن الصَّبَّاح: ينبغي ألا يحلف؛ لأن المدعي مُقر بأن اليمين لا تستحق عليه لصغره، فإن ادعى عليه بعد بلوغه أنه كان صغيرًا حينئذ حلف^(١).

وفي «فتاوي القاضي»: لو ادعى مالا من جهة صبي فقال المدعي عليه: «من تدعي من جهته بالغ»، فقال القيم: «احلف أنك لا تعلم أنه صغير» فلم يحلف، فالولي لا يحلف.

وهل يحلف الصبي أنه صغير؟ فيه وجهان، وهذه المسائل في «مختصر الكفاية» و«التجريد».

(٢) (وَالْعَقْلُ) أي: التمييز، فلا يصح إقرار من زال عقله بنحو جنون أو إغماء أو نوم أو سُكْرٍ لم يتعد به؛ كأن أكره على شرب المُسْكِر، أو تناوله لدواء، أو لظن ماء، فإن تعدى به صحَّ إقراره، فلو أقام بيئة بزوال عقله حين الإقرار اشترط تفسير زواله، أو عُرِفَ له حالنا جنون أو إفاقة، فأقر به ثم ادعى أنه كان في جنونه قبل في الأصح، إلا أن تقوم بيئة بخلافه، ولو أقر في صحته أنه فعل شيئًا في حال جنونه فإن كان حقًا بدنيًا كالقصاص لزمه المال دون العقوبة، أو ماليًا لزمه.

(١) ينظر. «أسى المطالب» (٢/ ٢٨٨)

(٣) (وَالْإِخْتِيَارُ) فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ؛ كَمَنْ ضُرِبَ لِيَقْرَ، فَلَوْ ضُرِبَ لِيَصْدُقَ صَحُّ إِقْرَارِهِ حَالَ الضَّرْبِ وَبَعْدَهُ، نَقَلَهُ فِي «الرَّوْضَةِ»^(١) عَنْ «الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ»^(٢)، وَاسْتَشْكَلَهُ.

وَلَوْ ادَّعَى بَعْدَ الْإِقْرَارِ أَنَّهُ كَانَ مُكْرَهًا، فَإِنْ وُجِدَتْ أَمَارَةٌ^(٣) عَلَى الْإِكْرَاهِ مِنْ نَحْوِ حَبْسٍ أَوْ تَرْسِيمٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِلَّا فَلَا، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ الْأَمَارَةُ^(٤) بِاعْتِرَافِ الْمُقَرَّرِ لَهُ أَوْ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ، وَإِكْرَاهُهُ لَزِيدٍ لَا يَقْدَحُ فِي إِقْرَارِهِ لغيره. وَلَوْ تَعَارَضَ بَيِّنَتَا إِكْرَاهٍ وَاخْتِيَارٍ قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةُ عِلْمٍ، إِلَّا أَنْ تَشْهَدَ بَيِّنَةُ الْاخْتِيَارِ بِأَنَّهُ كَانَ مُكْرَهًا وَزَالَ الْإِكْرَاهُ ثُمَّ أَقَرَّ فُتَقَدَّمَ عَلَى بَيِّنَةِ الْإِكْرَاهِ لِذَلِكَ.

(وَإِنْ كَانَ) الْإِقْرَارُ (بِمَالٍ) وَمِثْلُهُ الْإِخْتِصَاصُ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، (اعْتَبِرَ فِيهِ) لِيَصِحَّ (شَرْطٌ رَابِعٌ وَهُوَ الرُّشْدُ) وَلَوْ حَكَمًا، فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُحَجَّورٍ سَفِيهِ بِمَالٍ، وَيَصِحُّ بغيره كِتَالُفِ الْمَالِ وَجَنَائِيَةِ تَوَجُّبِهِ، وَيَلْزَمُهُ مَا وَجَبَ بِذَلِكَ، وَلَا يَرُدُّ عَلَى الْمُصَنَّفِ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ بِهِ لَيْسَ مَالًا، وَإِنَّمَا اسْتَبْعَ الْمَالُ، وَبَطْلَانُ إِقْرَارِهِ بِالتَّصَرُّفِ كَالْبَيْعِ مَعْلُومٌ مِمَّا ذَكَرَهُ فِي الْحَجْرِ أَنَّ تَصَرُّفَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ.

وَلَا يُشْتَرَطُ التَّعَرُّضُ لِهَذِهِ الشُّرُوطِ فِي صَحَّةِ الشَّهَادَةِ بِالْإِقْرَارِ، وَيَكْفِي أَنْ الظَّاهِرَ وَقَوْعُ الشَّهَادَةِ عَلَى الْإِقْرَارِ الصَّحِيحِ.

قَالَ الشَّيْخَانِ^(٥)؛ قَالَ الْأَصْحَابُ: وَمَا يُكْتَسَبُ فِي الْوَثَائِقِ أَنَّهُ أَقَرَّ طَائِعًا فِي صَحَّةِ عَقْلِهِ وَبَلُوغِهِ احتياطًا.

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٥).

(٢) «الأحكام السلطانية» (ص ٣٢٣).

(٣) فِي (ج): «أمارات».

(٤) فِي (ج): «الأمارات».

(٥) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٤٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٠).

وقضية كلامه:

* صحة إقرار محجور الفلَسِ وذلك صحيح؛ لأن إقراره بالمال صحيح مطلقاً، وإن رُدَّ في بعض الصور بالنسبة للغرماء حتى لا يُزاحمهم المقرُّ له كما تقدّم بيانه في محله، وأمّا بطلان إقراره بالتصرّف في أعيان ماله فمعلوم ممّا ذكره في الحَجَرِ أنّه لا يصحّ تصرّفه في أعيان ماله.

* وصحة إقرار الرقيق، وذلك أيضاً صحيح، فإن إقراره صحيح مطلقاً وإن رُدَّ في بعض الصور بالنسبة للسَيِّدِ حتى لا يتعلّق به ولا بكسبه بل بذمّته هو يطالب به إذا عتق، فإن أقرّ بما يوجب (حدّاً كزناً) ^(١) وشرب وسرقه، أو قصاصاً كقتل وقطع فهو مقبول، فإن عفي عن القصاص بمالٍ تعلّق برقبته، وإن كذّب السَيِّدُ، ولا يُنزَعُ في السرقة المال من يده أو يد سيّده إلا إن صدّقه السَيِّدُ، فإن كان تالفاً فإن صدّقه السَيِّدُ يبع فيه إن لم يختَر فداءه، فإن فضّل شيء من المال بعد البيع لم يتبع به بعد العتق، وإلا تعلّق بذمّته يتبع به بعد العتق، وإن أقرّ بمالٍ أو بما يوجب كإتلاف فكذلك، فإن صدّقه السَيِّدُ تعلّق دينُ الإتلاف برقبته يُباع فيه ما لم يختَر فداءه، ودينُ المعاملة بذمّته يتبع به إذا عتق، وإلا تعلّق بذمّته يتبع بهما إذا عتق، فإن كان مأذوناً له في التجارة وأقرّ قبل الحَجَرِ عليه أو مع تصديق السَيِّدِ له بدينٍ صرّح بأنّه بسبب التجارة، أو بأنّ ما في يده من الأعيان مقبوض بسومٍ أو بعقد فُسّخ بنحو عيبٍ أو إقالة أو خيارٍ، قبل في حق السَيِّدِ، وتعلّق بما في يده من مال التجارة وبأكسابه حتى المتجدّدة قبل عتقه، فإن فضّل شيء طوّل به بعد العتق، وإلا فكغير المأذون في تفصيله المُتقدّم؛ لأنّه فيما عدا ما ذكّر لا يزيد عليه.

(١) في (ج)، (ع): «حد الزنا».

* وصحة إقرار المكاتب، وذلك صحيح أيضًا، فإنه كالحُرِّ في قبول إقراره في البدن والمال، ويؤدَّى ممَّا في يده، فإن عجز نفسه ولا مال معه فذيون معاملته يؤدِّيها بعد عتقه، وأرُش جنائته في رقبته يؤدَّى من ثمنه.

* وإقرار المُبْعُض، وذلك صحيح أيضًا، لكن إن أقرَّ بدين إتلاف فهو فيما يقابل جزء الحرية كالحُرِّ حتَّى يقضي ممَّا ملكه مطلقًا، وفيما يقابل جزء الرِّقِّ كالرَّقِيق، فإن صدَّقه السيِّد تعلَّق بجزء الرِّقِّ، وإلا فبذمته أو بدين معاملة.

قال في «الروضة»^(١) كأصلها^(٢): فمتى صحَّحنا تصرُّفه قبلنا إقراره عليه وقضينا ممَّا في يده، ومتى لم نُصحِّحه فإقراره كإقرار العبد. انتهى.

وحاصلُه كما هو ظاهر قبول إقراره مطلقًا بقدر ما يقابل حرَّيته حتَّى يقضي ممَّا يملكه مطلقًا، وفي قدر ما يقابل رقبه هذا التفصيل.

قال شيخ مشايخنا^(٣): والظاهر أنَّ ما لزم ذمته في نصفه الرَّقِيق لا يجب تأخير المطالبة به إلى العتق؛ لأنها إنَّما أُخِّرت في كامل الرِّقِّ لعدم ملكه، والمُبْعُض يملك. انتهى.

وقد يُنظَرُ فيه بأنَّ ما بيده مختصُّ بجهة الحرية لا حقَّ فيه لجهة الرِّقِّ التي هي متعلِّق الحق، فقد بتَّجه تأخير المطالبة إلى العتق مطلقًا.

واعلم أنَّ تصحيح تصرُّف المُبْعُض ثابتٌ مطلقًا؛ لأنَّ حكمه حكم الإقرار^(٤) جزمًا في صحة تصرُّفه بالبيع ونحوه كما صرَّحوا بذلك، نعم إن كان بينه وبين سيِّده مهايأة توقَّف التصرُّف في نوبة سيِّده على إذنه، وحينئذٍ فلا يخفى أنَّه لا وجه لقبول إقراره على السيِّد إذا لم تكن مهايأة أو كان في نوبة نفسه؛ لأنَّ

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٢٧٩).

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٢).

(٤) في (ح)، (ك): «الأحرار».

(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٨٩).

تَصَرُّفَهُ فِي هَذَيْنِ الْحَالَيْنِ لَا يُضَافُ إِلَى السَّيِّدِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِهِ فَحُكْمُهُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِقَدْرِ الرَّقِّ فِيهِمَا كَالْعَبْدِ أَيْضًا، فَلَعَلَّ مَا ذَكَرَاهُ مُحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَابَاةٌ، فَإِنْ أَقَرَّ فِي نَوْبَةِ السَّيِّدِ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ قُبَلٌ فِي حَقِّهِ أَيْضًا، وَإِلَّا فَلَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مُهَابَاةً أَوْ كَانَتِ النَّوْبَةُ لِنَفْسِهِ، فَإِنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يُقَالَ: إِنْ لَمْ يَسْتَتِنِ السَّيِّدُ فِي التَّصَرُّفِ لَهُ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَحُكْمُهُ كَالْوَكِيلِ الْحُرِّ لِسْتِقْلَالِهِ حِينَئِذٍ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ.

وَالْمُرَادُ بِدَيْنِ الْمُعَامَلَةِ حَيْثُ لَمْ تَصِحَّ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ، وَالْقِيَمَةُ لَا الثَّمَنُ عَلَى الْأَصَحِّ فِي الْمُتَقَرَّرِ، وَحَيْثُ صَحَّتْ كَمَا فِي الْمَآذُونِ وَالْمُبْعَضِ هُوَ نَفْسُ الثَّمَنِ مِثْلًا.

وَلَوْ أَقَرَّ الْعَبْدُ بِمَالٍ لِسَيِّدِهِ لَمْ يَصَحَّ. قَالَ الْبَغَوِيُّ: فَإِنْ بَانَ أَنَّهُ كَانَ حُرًّا صَحَّ، وَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَ الْعِتْقِ بِإِتْلَافٍ مَالٍ قَبْلَهُ لَزِمَهُ الْمَالُ، وَظَاهِرُهُ لَزُومُ جَمِيعِهِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ مَعَ أَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ حَالَ الرَّقِّ وَاقْتَضَى الْحَالُ بَيْعَهُ لَمْ يَلْزَمْ مَا زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ، وَقَدْ يُوجِبُهُ ذَلِكَ بَأَنَّ الْحَقَّ لَمْ يَرْتَبُطْ هُنَا إِلَّا بِالذَّمَّةِ، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى الْقِيَمَةِ إِذَا تَعَلَّقَ بِالرَّقْبَةِ؛ لِئَلَّا يَجْتَمِعَ التَّعَلُّقُ بِهَا وَبِالذَّمَّةِ جَمِيعًا، وَكَذَا لَوْ أَقَرَّ رَشِيدٌ بِجَنَابَتِهِ فِي الصَّغَرِ.

قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَيَنْبَغِي تَقْيِيدُهُ بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى وَجْهِهِ يَسْقُطُ عَنِ التَّحْجُورِ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ كَالْقَرْضِ وَالْمَبِيعِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُؤْخَذَ بِهِ.

قَالَ الْبَغَوِيُّ: كُلُّ مَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْعَبْدِ فِيهِ فَالِدَّعْوَى فِيهِ تَكُونُ عَلَى الْعَبْدِ، وَمَا لَا يُقْبَلُ كَالْمَالِ الْمُتَعَلِّقِ بِرَقْبَتِهِ إِذَا صَدَّقَهُ السَّيِّدُ فَالِدَّعْوَى عَلَى السَّيِّدِ، فَلَوْ ادَّعَى فِي هَذَا عَلَى الْعَبْدِ إِنْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ سُمِعَتْ. كَذَا فِي «الرَّوَضَةِ»^(١) هُنَا عَنِ الْبَغَوِيِّ.

قال الإسنوي^(١): «الرَّاجِعُ أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ عَلَى الْعَبْدِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الدَّعَاوَى.
انتهى.

ولو أقرَّ الإمامُ بِمَالِ بَيْتِ الْمَالِ نَقْدَ إقْرَارِهِ كَمَا فِي «الْأَنْوَارِ» عَنِ «الْمُهَذَّبِ»،
أَوْ أَقَرَّ الْوَلِيُّ بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِ مَحْجُورِهِ لَزِيدٍ قَبْلَ، أَوْ بَأَنَّهُ لَهُ لَمْ يُقْبَلْ، أَوْ أَقَرَّ
مَنْ تَحْتَ يَدِهِ مَالًا لِحُجَّةٍ وَقَفٍ هُوَ نَاطِقُهُ بِهِ لَمْ يَصَحَّ إقْرَارُهُ.

قال ابنُ الصَّلَاحِ^(٢): «وَلَوْ قَسَمَهُ عَلَى أَرْبَابِ الْوَقْفِ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَغْرَمْ قِطْعًا،
وَلَا يَخْرُجُ عَلَى قَوْلِ الْغَرَمِ بِالْحَيْلُولَةِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَيْسَتْ لَهُ كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّ الدَّارَ الَّتِي
هِيَ كَانَتْ فِي يَدِ زَيْدٍ لَعَمْرٍو. انْتَهَى.

وظَاهِرٌ أَنَّهُ لَوْ حَصَلَ ذَلِكَ فِي مَلَكِهِ بَعْدَ عَمَلٍ حَيْثُ تَزِيدُ بِمُقْتَضَى إقْرَارِهِ، وَيُمْكِنُ
أَنْ يُفَارِقَ مَسْأَلَةَ الْإِمَامِ بِقُدْرَتِهِ عَلَى تَمْلِكِ أَمْوَالِ بَيْتِ الْمَالِ مَجَانًا.

وقولُ الْمُصَنِّفِ: «وَتَفْتَقِرُ صَحَّةُ الْإِقْرَارِ إِلَى ثَلَاثَةِ شَرَايِطَ» لَا يُنَافِي اِئْتِقَارَهُ
إِلَى زِيَادَةِ عَلَيْهَا مِمَّا هُوَ مُبَيَّنٌّ فِي الْمُطَوَّلَاتِ.

(وَإِذَا أَقَرَّ) مَنْ وَجَدَتْ فِيهِ تِلْكَ الشَّرَايِطُ ابْتِدَاءً أَوْ جَوَابًا عَنْ دَعْوَى (بِمَجْهُولٍ)
كَقَوْلِهِ: «لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ» أَوْ «كُذَّاءٌ» أَوْ «حَقٌّ» صَحَّ؛ لِأَنَّ الْإِخْبَارَ يَقَعُ مُبْهِمًا كَمَا يَقَعُ
مَفْصَلًا وَوَجَبَ عَلَيْهِ بَيَانُهُ.

(وَرُجِعَ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ) بِمَهْمَا بَيَّنَّ بِهِ وَلَوْ حُجَّةً شَعِيرًا، وَقَمَعَ بِاذْنِجَانَةٍ، وَحَدَّ قَذْفٍ،
وَحَقَّ سُفْعَةٍ، وَوَدِيعَةً، وَنَجَسًا يُقْتَنَى كَكَلْبٍ مُعْلَمٍ وَخَمِيرٍ مُحَرَّمَةٍ، لَا رَدَّ سَلَامٍ،
وَعِيَادَةَ مَرِيضٍ، إِلَّا فِي: «لَهُ عَلَيَّ حَقٌّ»، وَلَا بِمَا يَحْرُمُ اقْتِنَاؤُهُ كَخَزِيرٍ وَكَلْبٍ لَا
نَفْعَ فِيهِ، وَخَمِيرٍ غَيْرٍ مُحَرَّمَةٍ، فَإِنْ قَالَ: «لَهُ عِنْدِي شَيْءٌ» صَحَّ بَيَانُهُ بِذَلِكَ.

(١) «المهمات» (٥/٥٦٩).

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» (٢/٥١٠).

ولو قال: «له عليّ مال» ولو مع وصفه بنحو: عظيم، أو خطير، أو كثير، أو أكثر من مال فلان، أو ممّا شهد به الشهود، أو حكم به الحاكم قبل بيانه بأقل ما يتموّل، وكذا بما لا يتموّل من المال؛ كتمرّة، وحبّة برّ، كما نقلناه عن حكاية الإمام عن العراقيين وأقرّاءه، لا بما لا يتموّل ككلبٍ وجِلْد ميتة، فإن امتنع من البيان فإن لم يمكن معرفته بدونه حُس، فإن مات قبل البيان بين وارثه، فإن امتنع فقيل: يوقّف أقلّ متموّل من التركة، والأظهر جميعها، وإن أمكن معرفته بدونه لم يحبس، وذلك بأن يُحيله على معرف فيرجع إليه، وهو نوعان:

أحدهما: غير حسابيّ؛ كقوله: «له عليّ من الدراهم زنة هذه الصنجة» أو «قدّر ما باع به فلان فرسه».

والثاني: حسابيّ، وله طريق محلّه في المطوّلات.

وحيث بين ما يقبل فكذب المقر له في أنّه حقّه فليبين المقر له جنس حقّه وقدّره وصفته، وليدع به ويحلف المقر على نفيه، فإن كان ما بين به من جنس المدعى به؛ كأن بين بمئة درهم وادّعى المقر له بمئتي درهم، فإن صدّقه على إرادة المئة ثبتت وحلف المقر على نفي الزيادة، وإن كذّب بأن قال له: «بل أردت مئتين» حلف أنّه لم يردهما وأنّه لا يلزمه إلا مئة، فلو نكل عن هذه اليمين حلف المقر له أنّه يستحق المئتين، ولا يحلف على الإرادة؛ لأنّه لا يعلمها، وإن لم يكن من جنسه كأن بين بمئة درهم فادّعى بخمسين دينارًا فإن صدّقه على إرادة المئة أو كذّب في إرادتها بأن قال له: «إنما أردت الخمسين» ووافقه فيها على أنّ المئة عليه ثبتت لاتفاقهما عليها وإن لم يوافقه عليها فيهما بطل الإقرار بها وكان في الصّور الأربع مدّعيا للخمسين فيحلف المقر على نفيها في الأربع وعلى نفي إرادتها في صورتَي التّكذيب.

(وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ فِي الْإِقْرَارِ) كغيره؛ لأنَّ الاستثناءَ معهودٌ في القرآن وغيره، وفيما إذا كان بغير أدواته المعروفة كـ «أُسْتثنِي» أو «أَحْطُ» أو «أَتَدَارَكُ كَذَا» وجهان، قال في «المَطْلَبِ»: وحقيقة الخلاف راجعةٌ إلى أنَّ الاعتبارَ باللفظِ أو بمعناه، ووجهُ المنعِ أنَّه وعدٌ بالاستثناء. انتهى.

والأوجهُ الصَّحَّةُ. قال الروياني^(١): لو قال: «له عليّ درهمٌ ينقُصُ دانقًا» فكقولُه: «إِلَّا دانقًا».

وإنَّما يَصِحُّ (إِذَا وَصَلَهُ) أي: الاستثناءَ (بِهِ) أي: بالإقرار بصيغته بحيث يُعدُّ معه كلامًا واحدًا، فلو فصلَ بينهما بكلامٍ أجنبيٍّ أو سكوتٍ لم يَصِحَّ فلا يفيدُه شيئًا، نعم يُغْتَفَرُ الفَصْلُ اليسيرُ بسكّنةِ تنفُسٍ أو عِيٍّ أو تذكُّرٍ أو انقطاعِ صوتٍ كما نصَّ عليه في «الأمِّ»^(٢).

قال الشَّيْخَانِ^(٣): والاتِّصَالُ المشروطُ هنا أبلغُ ممَّا بينَ الإيجابِ والقَبُولِ؛ لأنَّه يُحْتَمَلُ بينَ كلامٍ اثنينِ ما لا يُحْتَمَلُ بينَ كلامٍ الواحدِ. انتهى. أي: فيضُرُّ هنا الفضلُ اليسيرُ بغيرِ عذرٍ ممَّا تقدَّم وإن لم يضرَّ هناك.

وُشْتَرِطَ فيه أيضًا: أن يقصَّده قبل فراغ صيغة الإقرار وإن لم يُقَارِنْ أولَها إن تأخَّرَ، فإن تقدَّم فهل يسقطُ اعتبارُ هذا الشرطِ بحصولِ الارتباطِ بدونه؛ لأنَّ ذَكَرَ المُسْتثنَى منه متأخرًا يُوجِبُ ارتباطَه بالمُستثنَى المُتقدِّمِ أو لا؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ الأقربَ الثاني^(٤).

(١) «بحر المذهب» (١١٢/٦).

(٢) «أسنى المطالب» (٣١٥/٢).

(٣) «الشرح الكبير» (٢٦/٩)، و«روضة الطالبيين» (٩١/٨).

(٤) راد في (ج)، (ن): «وأن يسمع به غيره».

وعليه فهل يُسْتَرَطُّ قَصْدُ الإخراجِ به قبل التلَفُظِ به أو يكفي مقارنته للتلفُظِ به؟ فيه نظرٌ، والأوجهُ الثاني.

وعليه فهل يُعْتَبَرُ مقارنته لجميع اللَّفْظِ أو يكفي مقارنته لبعْضه؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ الأقربَ الثاني.

وأن يسمعَ به غيره، قال في «الأنوار»^(١): «وَأَلَّا فالقولُ للمُقَرَّرِ له يمينه؛ أي: في نفي الإثباتِ به، بخلافِ نفي مُجَرَّدِ السَّماعِ فلا أثرَ له.

وَأَلَّا يستغرقُ المُسْتَنَى المُسْتَنَى منه؛ كعشرةٍ إِلَّا ثلاثةً، أو إِلَّا سبعةً، فإن استغرقه كعشرةٍ إِلَّا عشرةً لم يصحَّ، فلو عَقِبَ المُسْتَنَى^(٢) بما يُخرِجُه عن الاستغراقِ نحو: «له عليَّ عشرةٌ إِلَّا عشرةً إِلَّا خمسةً» صَحَّ الاستثناءُ فيلزمه خمسةٌ؛ لأنَّ عشرةً إِلَّا خمسةً خمسةٌ، أو بمستغرقٍ أُلْغِيَ، فلو قال: «له عليَّ عشرةٌ إِلَّا خمسةً إِلَّا عشرةً» لَزِمَ خمسةٌ، وأُلْغِيَ ما حَصَلَ به الاستغراقُ، ولا يَجْمَعُ المُفْرَقُ لا في المُسْتَنَى ولا في المُسْتَنَى منه، فلو قال: «له عليَّ درهمٌ ودرهمٌ ودرهمٌ إِلَّا درهمًا»، أو «له عليَّ درهمانِ ودرهمٌ إِلَّا درهمًا» لَزِمَ ثلاثةٌ؛ لأنَّ المُسْتَنَى منه إذا لم يُجْمَعْ مَفْرَقُهُ كان الدرهمُ الواحدُ مُسْتَنَى مِنْ درهمٍ واحدٍ وهو مستغرقٌ، فيلغُو، وفي هذا تخصيصُ الاستثناءِ بالرجوعِ للأخيرِ مِنَ الْمُتَعاطَفَاتِ بالواوِ.

وقضيةُ القاعدةِ في مثله الرجوعُ للجميعِ، فيكونُ اللَّازِمُ في الصُّورةِ الثانيةِ درهماً فقطً، فلا بدَّ مِنْ تخصيصِها بما يخرِجُ نحو ذلك.

ولو قال: «له عليَّ ثلاثةُ دراهمٍ إِلَّا درهمًا ودرهمًا ودرهمًا» أو «ثلاثةٌ إِلَّا درهمينِ ودرهمًا» لَزِمَ درهمٌ؛ لأنَّ المُسْتَنَى إذا لم يُجْمَعْ مَفْرَقُهُ لم يُلْغَ إِلَّا ما حَصَلَ به الاستغراقُ، وهو درهمٌ.

(٢) في (ج)، (ش): «الاستثناء».

(١) «الأنوار» (٢/ ٢٧).

ولو قال: «له علي ألف درهم ومئة دينارٍ إلا خمسين» قال المأوردي^(١) والرويان^(٢): إن أراد بالخمسين المستثناة جنساً غير الدراهم والدنانير قبل، أو أراد أحد الجنسين أو هما قبل منه، وإن فات البيان عاد إليهما.

وعلى هذا هل يعود الاستثناء إلى كل منهما فيسقط خمسون ديناراً أو خمسون درهماً أو يعود إليهما نصفين فيسقط خمسة وعشرون من كل جنس؟ وجهان. قال الإسنوي في «الكوكب»: صحَّ الرويان^(٣) الأول، ولم يصحَّ المأوردي شيئاً. انتهى.

وقضية ذلك أن العود إليهما مختص بحالة فقد البيان، بخلاف ما إذا أراد جنساً آخر أو أحد الجنسين، وفيه خفاء؛ لأن إرادة ذلك لا تنافي العود إليهما، ولا تقتضي الاختصاص بأحدهما أو بالمجموع.

فإن قلت: على هذا فهل مرادهما أنه يعود إلى أحدهما أو إلى المجموع؟ قلت: هما في المعنى واحد كما لا يخفى، فلا فائدة في تعيين أحدهما ومنع الآخر، ومن هنا يظهر تخصيص ما تقدّم من تخصيص الاستثناء بالآخر من المتعاطفات بما إذا اتحد نوع المستثنى منه فليتمل.

ولا فرق في صحة الاستثناء بين تأخير المستثنى منه وتقديمه كما أطلقه المصنف، فلو قال: «له علي إلا عشرة مئة» صحَّ، ولا بين الإثبات والنفي كما أطلقه أيضاً، وهو من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، فلو قال: «له علي عشرة إلا ثمانية إلا أربعة» لزمه ستة، ولو قال: «ليس له علي عشرة إلا خمسة» لم يلزمه شيء؛ لأن عشرة إلا خمسة خمسة، فكأنه قال: «ليس له علي خمسة»، ولو قال:

(١) «الحاوي الكبير» (٢٣/٧).

(٢) «بحر المذهب» (١٠٩/٦).

«ليس له عليّ شيءٌ إلا عشرة» لزِمَه عشرة، ولو قال: «له عليّ شيءٌ إلا خمسة» لزِمَه تفسيرُ الشيءِ بما يزيدُ على خمسة، وإن قلَّت الزيادةُ لتلزمَه تلك الزيادةُ، ولو قال: «له عليّ عشرة إلا خمسة إلا خمسة» أو «عشرة إلا خمسة إلا عشرة» لزِمَه خمسة، ولغما حصلَ به الاستغراقُ، ومنه يُستفادُ بطلانُ الاستغراقِ وإن كان في الإثباتِ واللزومِ وفيه تغليظٌ عليه.

(وَهُوَ) أي: الإقرارُ بمالٍ أو غيره لأجنبيٍّ أو وارثٍ (في حالِ الصَّحَّةِ، وَ) الإقرارُ في حالِ (المَرَضِ) للموتِ كذلك، (سَوَاءٌ) في الاعتدادِ بهما وعدمِ ترجيحِ تقديمِ أحدهما على الآخر؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مُجَرَّدٌ ولا يقصدُ حرمانُ بعضِ الورثة، فَإِنَّهُ انْتَهَى إِلَى حَالَةٍ يَصْدُقُ فِيهَا الْكَذُوبُ وَيَتُوبُ فِيهَا الْفَاجِرُ، حَتَّى لَوْ أَقَرَّ فِي صَحَّتِهِ لِرَجُلٍ بَدَيْنِ ثُمَّ فِي مَرَضِهِ لِأَخَرَ بَدَيْنِ اسْتَوَى فِي الْمُضَارَبَةِ فِي التَّرَكَةِ بِنَسَبَةِ دِينِهِمَا، أَوْ أَقَرَّ فِي صَحَّتِهِ بَدَيْنِ لِرَجُلٍ ثُمَّ فِي مَرَضِهِ بَعَيْنٍ لِأَخَرَ قُدِّمَ ذُو الْعَيْنِ بِهَا وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ غَيْرُهَا، نَعَمْ لِلْوَرْتَةِ فِي الْحَالِ الثَّانِي تَحْلِيفُ الْمُقَرَّرِ لَهُ أَنَّ بَاطِنَ الْأَمْرِ كَظَاهِرِهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلْفُوهَا وَسَقَطَ أَثَرُ الْإِقْرَارِ كَمَا اعْتَمَدَ ذَلِكَ الْأَذْرَعِيُّ^(١) وَغَيْرُهُ وَإِنْ حُكِيَ عَنِ الْقَفَالِ خِلَافُهُ.

ولو أقَرَّ مريضٌ بهيَّةٍ أو بإقباضِها في الصَّحَّةِ ولو لوارثٍ قُبِلَ، أو في المَرَضِ فكذلكَ لَكُنَّ وَصِيَّةً، أو لم يُقَيَّدْ بِصَحَّةٍ أو مَرَضٍ، أو قال في عَيْنٍ مَعْرُوفَةٍ: «فهذه ملكُ فلانٍ» حُمِلَ عَلَى حَالِ المَرَضِ؛ لِأَنَّ الْمَحَادَثَ يُقَدَّرُ بِأَقْرَبِ زَمَنِ، وَكَذَا لَوْ أَقَرَّ بِإِعْتَاقٍ أَوْ إِبْرَاءٍ بِلا تَقْيِيدٍ، وَلَا يَرُدُّ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِهِ سَوَاءٌ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.



(فصل) في العارية

بتشديد الياء، وقد تخفف، وهي اسم لما يُعار، وللعقد.

(وَكُلُّ مَا أَمَكَّنَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ) انتفاعاً جائزاً فإنه المُتبادِرُ شرعاً من الإطلاق، فخرَجَ: ما لا يُنتفعُ به كحمار زَمنٍ، وكذا جَحشٌ صغيرٌ على ما هو قضية قول «الجواهر»: ما جازت إجارته جازت إعارته، وما لا فلا.

وعلى هذا فالمرادُ إمكان الانتفاع به حالاً، وقضية ذلك امتناع إعارَةِ الأرض للزراعة إذا لم يتأتَّ الاشتغال بها ولا بمُقدماتها حالاً، وقد يُفرَّق، ويُحتمل الاكتفاء في العارية المُقيَّدة بمُدَّةٍ يتأتَّى الانتفاعُ في بعضها.

والفرق بين العارية والإجارة في مثل هذا المقدار ممكن، وعلى هذا تصح إجارة الجَحش المذكور مدَّةً يتأتَّى فيها الانتفاعُ به، وما يُنتفعُ به انتفاعاً محرماً كآلات الملاهي، وكجارية للتمتُّع.

أما إعارتها للخدمة فجائز^(١) إن كان المُستعيرُ محرماً أو امرأةً أو مسوِّحاً، أو كان يستعيرها من مستأجرها أو الموصى له بمنفعتيها أو زوجها، وتكون مضمونة عليه ولو ليلاً إلى أن يُسَلِّمها لمالكها، وكذا إن كانت هي صغيرة لا تُشْتَهَى أو قبيحة كما صحَّحه في «الروضة»^(٢)، وإلا فلا يجوز، لكنها تصح كما قاله الغزالي وجزم به ابنُ الرُّفعة وعلَّله بأنَّ المنع في ذلك لغيره كالبيع وقتَ النداء، وجعل فائدة الصَّحة عدم وجوب الأجرة، لكن قال الشَّيْخَانِ^(٣): يُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ بالفساد كإلإجارة للمنفعة المُحرَّمة، وهو الذي يُشعرُ به إطلاقُ الجمهورِ نفْيَ الجواز.

(١) في (ج)، (ن): «فجائزة».

(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٧).

(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٧٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٧).

وفرقَ الإنسَوِيُّ بينَ عدمِ الجَوَازِ هنا وجوازِ إجارتِها والوَصِيَّةِ بِمَنفَعَتِها للأجَنبِيِّ على ما دَلَّ عليه عمومُ كلامِهِم: بأنَّ المُستأجِرَ والمُوصِي له يملكانِ المَنفَعَةَ، فيُعيرانِ ويُجَرَّانِ إِنْ امتنعَ عليهما الانتفاعُ بأنفسِهما والإعارةُ بإباحةٍ له فقط، وإذا لم يستبَحْ لِنَفْسِهِ لم يَكُنْ له فائدةٌ.

وبَحَثَ الأذَرَعِيُّ^(١) تحريمَ إعارةِ الغلامِ الجميلِ لخدمَةِ مَنْ عُرِفَ بالفُجورِ بالِغِلَمانِ، والجاريةِ الحَسَناءِ لِمَنْ عُرِفَتْ بِسُحْقٍ أو قِيادَةٍ. ونظَرَ في جوازِ إعارةِ الأُمَةِ الكافِرَةِ مِنَ المُسْلِمَةِ لخدمَتِها التي لا تنفكُ عن رؤيتها.

وقال الزَّرْكَشِيُّ: لا وَجْهَ لاسْتِثْنائِها، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَحْرُمُ نَظَرُ الزَّائِدِ على ما يَبْدُو في المهنةِ وفيما وراءَ ذلكَ يَمَكِينُ مَعَهُ الخدمَةُ.

وما ذَكَرَهُ مِنْ أَنَّهُ إِنَّمَا يَحْرُمُ نَظَرُ الزَّائِدِ أَحَدُ رَأْيَيْنِ فِي ذَلِكَ، ثانيهما: أَنَّهُ يَحْرُمُ نَظَرُ جَمِيعِ بَدَنِها. وَقَضِيَّتُهُ امْتِناعُ العاريَةِ كالأجَنبِيِّ، ولو مَرَضَ الأجَنبِيُّ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ يخدمُهُ إِلَّا امرَأَةً فاستعارَها لذلكَ صَحَّ لِلضَّرورةِ.

قال الإنسَوِيُّ^(٢): وَسَكَنُوا عَنْ إعارةِ العَبْدِ لِلمرأَةِ^(٣) وهو كعكسِهِ بلا شَكٍّ، ولو كانَ المُستعيرُ أو المُعارِ خُنْثَى حُرِّمَتْ إعارَتُهُ احتياطاً، وفي صَحَّتِها ما تقدَّمَ عَنِ الغَزاليِّ وغيرِهِ.

(مَعَ بَقَاءِ عَيْنِيهِ) فِي الجُمْلَةِ؛ كعَبْدٍ، ودَابَّةٍ، ودارٍ، وثوبٍ وَإِنْ تَلَفَ بالاستعمالِ بَعْضُ أَجْزَائِهِ.

فخَرَجَ: ما لا يَمَكِينُ الانتفاعُ بِهِ إِلَّا باستهلاكِ عَيْنِهِ؛ كالأطعمَةِ لِلأَكْلِ، والشُّمُوعِ لِلوقودِ، والصَّابُونِ لِلغَسْلِ، وكذا النُّقُودُ على الأصَحِّ، لَكِنْ قال

(٢) «المهمات» (٦/٦ - ٧).

(١) «قوت المحتاج» (٣/٢١٧).

(٣) فِي (ح) «المرأة»

الشَّيْخَانِ^(١): السَّابِقُ إِلَى الْفَهْمِ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْخِلَافَ إِذَا أُطْلِقَتْ إِعَارَتُهَا، فَأَمَّا إِذَا صُرِّحَ بِالْإِعَارَةِ لِلتَّزْيِينِ فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْطَعَ بِالصَّحَّةِ، وَبِهِ صَرَّحَ الْمُتَوَلَّى.

وَبَحَثَ شَيْخُ مَشَائِخِنَا الْحَاقَّ الْأَطْعَمَةَ بِهَا فِي ذَلِكَ، وَالضَّرْبَ عَلَى صَوَرِهَا بِالتَّزْيِينِ، وَنِيَّةَ إِعَارَتِهَا لِلتَّزْيِينِ بِالتَّصْرِيحِ بِإِعَارَتِهَا لَهُ.

فَإِنْ قُلْتُ: هَلَّا صَحَّتْ إِعَارَةُ نَحْوِ الشَّمْعِ كإِعَارَةِ الثِّيَابِ؛ لِأَنَّ فَنَاءَ أَجْزَائِهِ بِوَقُودِهِ كَفَنَاءِ أَجْزَاءِ الثِّيَابِ بلبسها، وَقَدْ صَحَّتْ إِعَارَتُهَا وَلَوْ مُطْلَقَةً بَحِثُ تَفْنَى جَمِيعِ أَجْزَائِهَا بِالِاسْتِعْمَالِ، وَمُجَرَّدُ سُرْعَةِ الْفَنَاءِ هُنَا وَبَطْؤُهُ هُنَاكَ لَا يَنْهَضُ فَارِقًا.

قُلْتُ: الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ نَحْوَ الْوَقُودِ لَا يَتَقَوَّمُ إِلَّا بِفَنَاءِ الْأَجْزَاءِ، بِخِلَافِ اللَّبَسِ يَتَقَوَّمُ بِدُونِهِ وَإِنْ أَفْضَى إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ التَّكَرُّارِ وَالِاسْتِمْرَارِ؛ فَتَأَمَّلْهُ.

وَالْمُرَادُ بِالْجَوَازِ فِي قَوْلِهِ: (جَازَتْ إِعَارَتُهُ) أَيِ: وَاسْتِعَارَتُهُ هُوَ الْحُلُّ الصَّادِقُ بِالْكَرَاهَةِ كَمَا فِي إِعَارَةِ الرَّقِيقِ الْمُسْلِمِ لِلْكَافِرِ، وَاسْتِعَارَةِ الْكَافِرِ لَهُ، وَإِعَارَةُ أُمَةٍ قَبِيحَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ لَا تُشْتَهَى لِأَجْنَبِيٍّ، وَكَذَا اسْتِعَارَتُهَا فِيمَا يَظْهَرُ، وَبِالْوَجوبِ كَمَا فِي إِعَارَةِ نَحْوِ الثَّوبِ لِدَفْعِ أَدَى حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ وَاسْتِعَارَتُهُ لَذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ لَهُ طَلَبَ الْأَجْرَةِ؛ إِذْ لَا يَلْزَمُهُ بِذَلِكَ مَلِكُهُ مَجَانًّا، وَإِنْ وَجَبَ بِذَلِكَ كَمَا يَجِبُ إِطْعَامُ الْمُضْطَرِّ مَعَ جَوَازِ طَلَبِ الْبَدْلِ.

ثُمَّ إِنْ وُجِدَ عَقْدٌ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ، فَإِنْ صَحَّ وَجَبَ الْمُسَمَّى، وَإِلَّا فَأَجْرَةُ الْمِثْلِ، أَوْ بِلَفْظِ الْعَارِيَّةِ فَهَلْ هُوَ عَارِيَّةٌ نَظَرًا لِلْفَظِّ فَيَكُونُ جَائِزًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ، أَوْ إِجَارَةٌ نَظَرًا لِلْمَعْنَى؟

يَنْبَغِي أَنْ يُجْرَى فِيهِ مَا قَالُوهُ فِيمَا لَوْ عُقِدَتِ الْوَكَالَةُ بِلَفْظِهَا وَشُرِطَ فِيهَا جُعِلَ مَعْلُومٌ، وَقَدْ رَجَّحَ صَاحِبُ «الرَّوْضِ» هُنَاكَ تَبَعًا لِلرُّوْيَانِيِّ أَنَّهَا وَكَالَةٌ، فَيَكُونُ

(١) «الشرح الكبير» (٥/٣٧١)، و«روضة الطالبين» (٤/٤٢٦-٤٢٧).

الأصحُّ هنا أنَّها عاريةٌ، لكنَّ يظهرُ هنا أنَّها عاريةٌ فاسدةٌ وإن كانتِ الوكالةُ صحيحةً؛ لأنَّ الوكالةَ لا تُنافي العِوضَ بخلافِ العاريةِ، ثمَّ رأيتُ الشَّيخين^(١) هنا ذَكَرَا في نحوِ قولِهِ: «أَعْرُتَكَ دَارِي شَهْرًا مِنَ الْيَوْمِ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ» هل هو عاريةٌ فاسدةٌ أو إجارةٌ صحيحةٌ؟ وجهين، واقتضى كلامُهما كما قال الإِسْنَوِيُّ^(٢) تصحيحَ الثَّانِي اعتبارًا بِالْمَعْنَى، وبه جَرَمَ في «الأنوارِ»^(٣).

لا يُقَالُ: إِذَا أَدَّى طَلَبُ الْأَجْرَةِ^(٤) إِلَى الْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ أَوْ الْفَاسِدَةِ تَارَةً وَالْعَارِيَةِ الْفَاسِدَةِ أُخْرَى نَافَى قَوْلُهُمْ بِوَجوبِ الْعَارِيَةِ فِيمَا ذُكِرَ، وَلَا شَبَهَةَ أَنَّ مَرَادَهُمُ الْعَارِيَةَ الصَّحِيحَةَ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: لَا مَنَافَاةَ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ أَنَّهُ تَجِبُ الْعَارِيَةُ وَتَكُونُ صَحِيحَةً حَيْثُ لَمْ يَطْلُبْ أَجْرَةً، فَإِنْ طَلَبَهَا أَدَّى الْحَالُ إِلَى مَا ذَكَرْنَا، وَهَذَا فِي غَايَةِ الْوُضُوحِ.

والمُرَادُ بِالْمَنَافِعِ فِي قَوْلِهِ: (إِذَا كَانَتْ مَنَافِعُهُ) أَي: الَّتِي أُعِيرَ لَهَا مَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْهُ الشَّامِلُ لِلْأَعْيَانِ، لَا مَا يُقَابَلُهَا فَقَطْ، وَلَا لَزِمَ فُسَادُ وَاسْتِدْرَاكُ حَمْلِ قَوْلِهِ: (أَنَارًا) لَا أَعْيَانًا كَالْخِدْمَةِ فِي الْعَبْدِ وَاللَّبْسِ فِي الثَّوْبِ وَالشُّكْنَى فِي الدَّارِ وَالتَّبَرُّدِ وَالْإِغْتِسَالِ بِالْمَاءِ وَسِرِّ الْعَوْرَةِ بِهِ إِذَا كَانَ كَدْرًا فَقَدْ صَرَّحَ الْإِسْنَوِيُّ بِصَحَّةِ إِعَارَتِهِ لِذَلِكَ قَالَ: فَإِنَّ الشُّرُوطَ فِيهِ مَوْجُودَةٌ وَالْمَقْدَارُ الَّذِي يَتَشَرَّبُهُ الْبَدَنُ مِنْ ضَرُورَةٍ الِاسْتِعْمَالِ بِمِثَابَةِ الْأَجْزَاءِ الْمُنْسَحَقَةِ^(٥) مِنَ الثَّوْبِ عِنْدَ اسْتِعْمَالِهِ. انْتَهَى.

وَيُمْكِنُ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَخْذًا مِمَّا قَدَّمْنَاهُ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْوَقُودِ وَاللَّبْسِ، وَقَضِيَّةٌ مَا وَجَّهَ بِهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمَاءُ يَسِيرًا بِحَيْثُ يَسْتَهْلِكُهُ التَّبَرُّدُ بِهِ بِالْكَلِيَّةِ لَمْ تَصِحَّ

(١) «الشرح الكبير» (٣٧٥/٥)، و«روضة الطالبين» (٤٣٠/٤).

(٢) «المهمات» (١٢/٦).

(٣) «الأنوار» (٣٦/٢).

(٤) «المهمات» (١٢/٦).

(٥) (ج)، (ن)، «المنسحقة».

(٤) (ج): «الأجر».

العارية^(١) وهو قريب، ولو أعارَ ماءً قليلاً لغسلَ يَنْجُسُهُ كما في الغسلة الأولى من المغلظة فهل تصحُّ العاريةُ لإمكانِ الانتفاعِ مع بقاء العينِ والانتفاعِ بها في نحوِ إطفاءِ نارٍ؟

غايةُ الأمرِ أَنَّهُ يَلَزُمُ تنجيسُ الماءِ، وهو جائزٌ لمثلِ هذا الغرضِ، أو لا يجوزُ؛ لأنَّ التَّنَجِيسَ إتلافٌ للعينِ شرعاً وهو كإتلافِها حساً فيه نظرٌ.

وقضيةُ إطلاقِ المُصَنَّفِ كغيره الأول، فخرَجَتِ الإعارةُ لاستعادةِ الأعيانِ فلا تصحُّ، لكنْ ذَكَرَ الشَّيْخَانِ فِي «الرَّوَضَةِ»^(٢) وَ«أُصْلِحَهَا»^(٣) أَنَّهُ لَوْ دَفَعَ شَاةً إِلَى رَجُلٍ وَقَالَ لَهُ: «مَلَكْتُكَ دَرَّهَا وَنَسَلَهَا» فَهِيَ هَبَةٌ فَاسِدَةٌ، وَمَا حَصَلَ فِي يَدِهِ مِنَ الدَّرِّ وَالنَّسْلِ كَالْمَقْبُوضِ بِالْهَبَةِ الْفَاسِدَةِ وَالشَّاةِ مَضْمُونَةٌ بِالْعَارِيَةِ الْفَاسِدَةِ، وَلَوْ قَالَ: «أَبِخْتُ لَكَ دَرَّهَا وَنَسَلَهَا» فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَقَوْلِهِ: «مَلَكْتُكَ».

وَالثَّانِي: أَنَّهَا إِبَاحَةٌ صَحِيحَةٌ وَالشَّاةُ عَارِيَةٌ، وَبِهِ قَطَعَ الْمُتَوَلَّى.

زَادَ فِي «الرَّوَضَةِ»^(٤): هَذَا أَصَحُّ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَصَاحِبُ «الشَّامِلِ»، وَحَكَّمَ هَذَانِ وَالْمُتَوَلَّى بِالصُّحَّةِ فِيمَا إِذَا أَعَارَهُ الشَّاةُ لِيَأْخُذَ لَبَنَهَا، أَوْ أَعَارَهُ شَجَرَةً لِيَأْخُذَ ثَمَرَهَا، قَالَا: فَعَلَى هَذَا قَدْ تَكُونُ الْعَارِيَةُ لَاسْتِفَادَةِ عَيْنٍ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ مُجَرَّدَ الْمَنْفَعَةِ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ. انْتَهَى.

وَعَلَى هَذَا فَالشَّرْطُ فِي الْعَارِيَةِ أَلَّا يَقْتَضِيَ الْمَقْصُودُ بِهَا اسْتِهْلَاكَ عَيْنِهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ بِهَا الْعَيْنَ، فَتَصِحُّ إِعَارَةُ الدَّوَاةِ لِلْكِتَابَةِ بِمِدَادِهَا دُونَ إِعَارَةِ مِدَادِهَا لِلْكِتَابَةِ مِنْهُ وَدُونَ إِعَارَةِ بَعْضِ الْأَجْسَامِ لِحَكِّهِ وَالْاِكْتِحَالِ بِمَا يَنْفَصِلُ

(١) فِي (ح) «إِعَارَةٌ». (٢) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٤/٤٢٨).

(٣) «الشرح الكبير» (٥/٣٧٣). (٤) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٤/٤٢٨).

منه، أو أكله للتداوي به مثلاً كما صحَّ إعارَةُ الشَّاةِ لِلْبَيْنِهَا وَالشَّجَرَةَ لِشَمَرَتِهَا دُونَ إعارَةِ نَفْسِ اللَّبَنِ وَالشَّعْرَةِ.

ثُمَّ رَأَيْتُ الْإِسْنَوِيَّ لَمَّا ذَكَرَ مَسْأَلَةَ الشَّاةِ وَالشَّجَرَةِ قَالَ: وَقِيَاسُهُ الْجَوَازُ فِي الْكِتَابَةِ مِنَ الدَّوَاةِ إِلَّا أَنْ يُفَرَّقَ بِالِاسْتِخْلَافِ. انْتَهَى. وَالْأَوْجَهُ مَا تَقَدَّمَ، وَلَا نُسَلِّمُ تَأْثِيرَ هَذَا الْفَرْقِ هُنَا.

(وَتَجَوُّزُ الْعَارِيَّةِ) حَالَةَ كَوْنِهَا (مُطْلَقَةً^(١)) عَنِ التَّقْيِيدِ بِمُدَّةٍ (وَمُقَيَّدَةً^(٢)) بِمُدَّةٍ) مَعْلُومَةٍ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْحَالَ مَبْلًا إِلَى جَانِبِ الْمَعْنَى فَإِنَّ الْعَارِيَّةَ هُنَا بِمَعْنَى الْعَقْدِ، وَفِي الْحَالِينِ لِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ الرَّدُّ مَتَى شَاءَ فَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَجُنُونِهِ وَإِغْمَاثِهِ، وَالْحَجَرُ عَلَيْهِ بِسَفَهِهِ، وَكَذَا بِالْحَجَرِ عَلَى الْمُعِيرِ بِفُلْسِ كَمَا بَحَثَهُ شَيْخُ مَشَايِخِنَا.

وَإِذَا انْفَسَخَتْ أَوْ انْتَهَتْ لَزِمَ الْمُسْتَعِيرُ أَوْ وَارَثَهُ إِنْ كَانَ مَيِّتًا، أَوْ وَلِيُّهُ إِنْ جُنَّ أَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهِهِ رَدُّهَا فَوْرًا، وَإِنْ لَمْ تُطْلَبْ كَمَا لَوْ طَبَّرَتِ الرِّيحُ ثَوْبًا إِلَى دَارِهِ، وَإِنْ كَانَ الرَّدُّ هُنَاكَ بِالتَّخْلِيَةِ، فَإِنْ أَخَّرَهُ الْوَرِثَةُ فَإِنْ كَانَ لَعَدَمِ تَمَكُّنِهِمْ مِنْهُ فَهِيَ مَضمُونَةٌ فِي تَرَكَةِ الْمُسْتَعِيرِ وَلَا أَجْرَةَ، وَإِلَّا فَهِيَ مَضمُونَةٌ عَلَيْهِمْ مَعَ الْأَجْرَةِ، وَمَوْنةُ الرَّدِّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ عَلَيْهِمْ، وَفِي الْأُولَى عَلَى التَّرَكَةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَرَكَةً فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ غَيْرُ التَّخْلِيَةِ.

وَكَالْوَرِثَةِ فِيمَا ذَكَرَ: الْوَلِيُّ، وَلَوْ انْتَفَعَ الْمُسْتَعِيرُ بَعْدَ رَجُوعِ الْمُعِيرِ جَاهِلًا بِهِ لَمْ تَلْزَمْهُ الْأَجْرَةُ.

وَاسْتَشْكَلَ بَأَنَّ الضَّمَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِالْجَهْلِ وَعَدَمِهِ، وَأَجَابَ الزَّرْكَشِيُّ بِأَنَّ

(٢) فِي (ن). «مُقَيَّدَةً».

(١) فِي (ح)، (ن). «مُطْلَقَةً».

ذَاكَ عِنْدَ عَدَمِ تَسْلِيْطِ الْمَالِكِ وَهَذَا بِخِلَافِهِ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ تَسْلِيْطِهِ، وَبِأَنَّهُ الْمُقْصَرُّ تَرَكَ الْإِعْلَامَ.

وَقَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَوْ انْتَفَعَ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ نَحْوِ جُنُونِهِ جَاهِلًا بِهِ لَزِمَتْهُ الْأَجْرَةُ؛ إِذْ لَا اعْتِدَادَ بِاسْتِصْحَابِ تَسْلِيْطِهِ مَعَ خُرُوجِهِ عَنْ أَهْلِيَّةِ الْإِبَاحَةِ مَعَ انْتِفَاءِ تَقْصِيرِهِ بِتَرْكِ الْإِعْلَامِ، وَهُوَ غَيْرُ بَعِيدٍ، وَقَدْ تَلَزَّمَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ؛ كَأَن كَفَّنَ أَجْنَبِيًّا مَيِّتًا بِنَاءً عَلَى الْأَصَحِّ مِنْ بَقَاءِ الْكَفْنِ عَلَى مَلِكِ الْأَجْنَبِيِّ فَيَمْتَنِعُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الدَّفْنِ وَبَعْدَهُ، أَوْ اسْتِعَارَ أَرْضًا لِدَفْنِ مَيِّتٍ وَقَدْ وُضِعَ فِي قَبْرِهِ فَيَمْتَنِعُ الرَّجُوعُ وَلَوْ قَبْلَ مُوَارَاتِهِ، وَلَا أَجْرَةٌ أَيْضًا كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمَاوَزِدِيُّ^(١) وَالْبَغَوِيُّ^(٢) وَغَيْرُهُمَا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ غَيْرُ قَاضٍ بِهِ، وَالْمَيِّتُ لَا مَالَ لَهُ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ عَدَمُ الْأَجْرَةِ أَيْضًا فِي مَسْأَلَةِ الْكَفْنِ السَّابِقَةِ.

أَوْ اسْتِعَارَ سَفِينَةً فَطَرَحَ فِيهَا مَالًا وَهِيَ فِي اللَّجَّةِ، أَوْ آلَةً لِسَفِينٍ مُحْتَرَمٍ يُخْشَى هَلَاكُهَا، أَوْ ثَوْبًا لِيُؤَدِّيَ فِيهَا مَكْتُوبَةٌ وَقَدْ أُحْرِمَ بِهَا فَيَمْتَنِعُ الرَّجُوعُ فِي الثَّلَاثَةِ مَعَ الْأَجْرَةِ كَمَا بَحَثَهُ فِي «الْمَطْلَبِ» فِي الْأُولَى وَالْبَقِيَّةِ فِي مَعْنَاهَا.

وَقَدْ تَلَزَّمَ مِنَ جَانِبِ الْمُعِيرِ فَقَطْ، كَمَا لَوْ قَالَ: «أَعِيرُوا دَارِي بَعْدَ مَوْتِي لَزِيدٍ شَهْرًا»، أَوْ نَذَرَ أَنْ يُعِيرَ مَدَّةً مَعْلُومَةً، أَوْ أَلَّا يَرْجِعَ، وَمِنْ جِهَةِ الْمُسْتَعِيرِ فَقَطْ كَمَا فِي إِسْكَانِ الْمُعْتَدَةِ، وَفِيمَا لَوْ اسْتِعَارَ آلَةً الْاسْتِقَاءَ لِتَطْهِيرٍ وَقَدْ ضَاقَ الْوَقْتُ، وَظَاهِرٌ أَنَّهُ إِذَا رَجَعَ الْمُعِيرُ فِي هَذَيْنِ فَلَهُ الْإِبْقَاءُ بِالْأَجْرَةِ.

(وَهِيَ) أَيِ: الْعَارِيَّةُ بِمَعْنَى الشَّيْءِ الْمُعَارَى عَلَى طَرِيقِ الْإِسْتِخْدَامِ إِذَا تَلَفَّتْ هِيَ أَوْ بَعْضُهَا بِغَيْرِ الْإِسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فِيهِ وَلَوْ فِي حَالَةِ الْإِسْتِعْمَالِ، وَبِأَقْوَى سَمَاقِيَّةٍ وَبِلَا تَقْصِيرٍ، كَأَن سَقَطَتْ حَالُ سَيْرِهَا فِي بَثْرِ أَوْ تَقَرَّحَ ظَهْرُهَا لَا بِسَبَبِ الْإِسْتِعْمَالِ وَفِي يَدِ مَالِكِهَا الْمُسْتَعَارِ بِهِ فِي تَحْصِيلِ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ.

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ١٣٠ - ١٣١). (٢) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٢/ ٤٤٦).

كما لو قال لرجل: «احمل متاعِي هذا على دَابَّتِكَ» فحملَ مالكُ الدَّابَّةِ متاعه على دَابَّتِهِ فتلفَتْ، أي: لا بسببِ الحملِ، أو استعارَ ثورينَ للحَرْثِ واستعانَ بمالكيهما فحرَثَ عليهما فتلفَا أي: لا بسببِ الحَرْثِ، كما جَزَمَ به في «التَّهْذِيبِ»^(١)، ونقلَه في «الفتاوي» عن الأصحابِ في الأولى، وصرَّحَ به بعضُ المتأخرين في الثانية، وهي كالأولى بلا شبهة.

بخلافِ ما لو أكرهَ رجلاً ليحملَ له على دَابَّتِهِ فحملَهَا وتلفَتْ في حالِ الحملِ في يَدِ مالكِها، وما لو قال لإنسانٍ: «خذ هذه الوديعةَ واحفظْها في هذا الصُّندوقِ» ثُمَّ تَلَفَ الصُّندوقُ؛ لأنَّ كلاً من الدَّابَّةِ في الأولى والصُّندوقِ في الثانية غيرُ مستعارٍ. (مَضْمُونَةٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ؛ لخبرِ أَبِي داود وغيره: «العَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ»^(٢)، (بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ تَلَفِهَا) كالمأخوذِ بالسَّوْمِ، ولو أُريدَ بتلفِها ما يعمُّ الشرعيَّ شَمِلَ نَحْوَ غُصْبِها وسرقَتِها، ومعلومٌ أنَّ القيمةَ حيثُذِّ للحيلولة.

وفي «الأنوار»^(٣): أَنَّهُ لا أَجْرَةَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ لِمُدَّةِ الْغَضَبِ وَالسَّرْقَةِ إِنْ لَمْ يَتَعَدَّ. وهو ظاهرٌ، ولو شَرَطَ كَوْنُهَا أَمَانَةً أَوْ ضَمَانُهَا بِقَدْرِ مَعْيْنٍ لَمْ يَخْتَلِفِ الْحَالُ؛ إِذِ الشَّرْطُ لا غُ دُونَ الْعَارِيَةِ فِيهِمَا كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْإِسْنَوِيِّ فِي الْأُولَى، وَصَرَّحَ بِهِ الْمُتَوَلَّى فِي الثَّانِيَةِ، وَإِنْ تَوَقَّفَ فِيهِ الْأَذْرَعِيُّ.

أَوْ أَخَذَ بِهَا رَهْنًا أَوْ ضَمِينًا لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَصْحَانِ بِالْأَعْيَانِ، أَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِيهَا بَطَلَتْ، فَإِذَا أَخَذَهَا الْمُسْتَعِيرُ ضَمِينَهَا، وَفِي ضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ وَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي

(١) «التَّهْذِيبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» (٤/٢٨٧).

(٢) رواه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥) وقال: حديث حسن، والسائي في «الكبرى» (٥٧٤٩)، وابن ماجه (٢٣٩٨) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

(٣) «الأنوار» (٢/٣٨).

كُلُّ عَارِيَةٍ بَطَلَتْ بِشَرْطِ ذِكْرِ ذَلِكَ الْمَاوَزِدِيِّ^(١)، وَخَالَفَهُ الْقَفَّالُ فَقَالَ: إِذَا وَقَفَ كِتَابًا عَلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَاشْتَرَطَ فِي الْوَقْفِ أَنْ لَا يُعَارَ إِلَّا بِرَهْنٍ لَمْ يَجْزْ لِلنَّاطِرِ إِعَارَتُهُ إِلَّا بِهِ^(٢). انْتَهَى.

وَأَوْجَهُ الْوَجْهَيْنِ: عَدَمُ الضَّمَانِ؛ أَخَذًا مِنْ قَاعِدَةٍ أَنْ فَاسِدَ كُلُّ عَقْدٍ كَصَحِيحِهِ، وَمَا ذَكَرَهُ الْمَاوَزِدِيُّ فِي الرَّهْنِ هُوَ الْمُوَافِقُ لِاشْتِرَاطِ الْأَصْحَابِ كَوْنِ الْمَرْهُونِ بِهِ دَيْنًا. قَالَ بَعْضُهُمْ: وَمَنْعُ اخْتِذِ الضَّمِينِ بِالْعَيْنِ خِلَافُ الرَّاجِحِ الْمَعْرُوفِ فِي بَابِهِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: الظَّاهِرُ تَخْصِصُ هَذَا بِالْإِبْتِدَاءِ، وَمَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ هُنَاكَ فِي الدَّوَامِ انْتَهَى. وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَالْأَوْجَهُ أَنَّ كَلَامَ الْمَاوَزِدِيِّ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرُوهُ فِي ضَمَانِ الْأَعْيَانِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي فَضْلِ الْكَفَالَةِ بِدَلِيلٍ تَعْلِيلِهِ بِمَا ذَكَرَهُ، وَلَوْ كَانَتِ الْعَارِيَةُ عَبْدَيْنِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ عَمْدًا فَاقْتَصَّ الْمَالِكُ ضَمِينَ الْمُسْتَعِيرِ قِيمَتَهُمَا كَمَا قَالَ أَبُو سُكَيْلٍ وَغَيْرُهُ، وَفَرَّقَ غَيْرُهُ بَيْنَ هَذَا وَنَظِيرِهِ مِنَ الْغَضَبِ بِأَنَّ الْمُسْتَعَارَ يَضْمَنُ رَقَبَتَهُ دُونَ جَنَائِيَّتِهِ، وَالْمَغْصُوبَ يَضْمَنُ رَقَبَتَهُ وَجَنَائِيَّتَهُ، فَإِذَا اقْتَصَّ الْمَالِكُ مِنَ الْمَغْصُوبِ فَقَدِ اسْتَوْفَى مَتَعَلَّقَ الْغَضَبِ وَسَقَطَ عَنِ الْغَاصِبِ حُكْمُ الْغَضَبِ فِي الرَّقَبَةِ وَفِي هَذِهِ الْجَنَائِيَّةِ، وَإِذَا اقْتَصَّ الْمُعِيرُ فَقَدِ اسْتَوْفَى شَيْئًا لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْعَارِيَةِ وَلَا يَضْمَنُهُ الْمُسْتَعِيرُ فَيَبْقَى حُكْمُ الْعَارِيَةِ بِحَالِهِ، وَهُوَ ضَمَانُ الْعَبْدَيْنِ، فَلْيُنَاقِلْ.

وَزَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ كَغَيْرِهِ أَنَّ الْعَارِيَةَ مَضْمُونَةٌ بِالْقِيَمَةِ وَإِنْ كَانَتْ مِثْلِيَّةً كَالْخَشَبِ وَالْحَجَرِ، وَبِهِ جَزَمَ فِي «الْأَنْوَارِ»^(٣) وَاقْتَضَاهُ كَلَامُ جَمْعٍ.

(١) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (١٣١/٧).

(٢) يَنْظُرُ. «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (١٥٠/٢).

(٣) «الْأَنْوَارُ» (٣٨/٢).

وقال ابن أبي عَصْرُون: يَضْمَنُ المِثْلِيُّ بِالمِثْلِ. وَجَرَى عَلَيْهِ السَّبْكِيُّ^(١)، وَمَحَلُّ ضَمَانِ العَارِيَّةِ إِذَا لَمْ يَكُنِ المُعِيرُ مُسْتَحَقًّا لِلْمَنْفَعَةِ فَقَطُّ كَمُسْتَأْجِرٍ وَمَوْصًى لَهَا، فَإِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ فَاسِدَةً ضَمِنَا، وَالْقَرَارُ عَلَى المُسْتَعِيرِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ البَغَوِيُّ.

وَمِنْ هُنَا يُعْلَمُ جَوَازُ الإِعَارَةِ لِمَالِكِ الْمَنْفَعَةِ فَقَطُّ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُسْتَعِيرِ مِمَّنْ يَجُوزُ إِيدَاغُ تِلْكَ الْعَيْنِ عِنْدَهُ كَمَا بَحَثَهُ الأَذْرَعِيُّ. قَالَ: وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ وَلَمْ أَرَهُ نَصًّا^(٢).

أَمَّا إِذَا تَلَفَتْ بِالِاسْتِعْمَالِ المَأْذُونِ فِيهِ كَانَسْحَاقِ الثَّوبِ أَوْ انْمِحَاقِهِ بِالنُّبْسِ، وَتَلَفِ الدَّابَّةِ بِالحَمْلِ أَوْ الرُّكُوبِ الْمُعْتَادِ، وَانْكَسَارِ السَّيْفِ فِي الْقِتَالِ، فَهِيَ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا هَلْ تَلَفَتْ بِالِاسْتِعْمَالِ المَأْذُونِ فِيهِ أَمْ بغيرِهِ، فَالْأَوَجُّهُ وَفَاقًا لِمَا أَفْتَى بِهِ بَعْضُ مُشَايخِنَا أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ المُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ، وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ أَنَّ يَدَهُ يَدُ ضَمَانٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَعْنَى أَنَّهُ سَبَبٌ فِي الضَّمَانِ إِذَا وَجَدَ سَبَبُهُ، وَهُوَ التَّلَفُ بغيرِ الإِذْنِ، لَا بِمَعْنَى أَنَّهَا سَبَبٌ لِلشُّغْلِ عَلَى الإِطْلَاقِ، وَلَا يَضْمَنُ ثِيَابَ العَارِيَّةِ كَثِيَابِ المَأْخُوذِ بِالسَّوْمِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْهَا لِاسْتِعْمَالٍ وَلَا سَوْمٍ، وَلَا وَلَدَهَا حَتَّى لَوْ تَبِعَهَا وَلَدُهَا أَوْ وَلَدَتْ عِنْدَهُ كَانَ أَمَانَةٌ شَرْعِيَّةٌ فَلِذَا تَمَكَّنَ مِنْ رَدِّهِ وَلَمْ يَرُدَّهُ ضَمِنَهُ، وَيَضْمَنُ إِكَافُ الدَّابَّةِ وَنَحْوَهُ.



(١) ينظر «أسنى المطالب» (٢/ ٣٢٨).

(٢) «قوت المحتاج» (٣/ ٢١٣).

(فَصْلٌ) فِي الْعَصَبِ

وحقيقته كما في «الأنوار» ضمانًا وإثماً^(١): الاستيلاء على مالٍ غيره عُدوانًا، وضمانًا فقط: الاستيلاء عليه^(٢).

أي: بغير إذنٍ بلا تعدٍّ؛ كلبس ثوبٍ مُودعٍ غلطًا، وإثماً فقط: الاستيلاء على محترَمٍ لا مالِيَّةَ له عُدوانًا.

وخرَجَ بقولنا: «بغير إذنٍ» استيلاءٌ نحو الوكيل، والمُودع، والمُستأجر، والمُستعير، والمرتهن.

(وَمَنْ عَصَبَ) مِنْ أَهْلِ الضَّامِنِ (مَالًا) أَي: مَتَمَوْلَا (لَاخِذٌ) وَذَلِكَ بَأَن نَقَلَ الْمَنْقُولَ، لَا بِقَصْدٍ نَحْوِ نَظَرِهِ لِيَشْتَرِيَهُ، أَوْ يَتَّخِذَ مِثْلَهُ، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ، أَوْ جَلَسَ عَلَى الْفَرَّاشِ وَلَوْ بِلَا نَقْلِ وَلَا قَصْدٍ اسْتِيلَاءً، أَوْ أَخْرَجَهُ عَنْ دَارِهِ وَدَخَلَهَا وَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ الْاسْتِيلَاءَ، أَوْ لَمْ يَدْخُلْهَا لَكِنَّهُ صَارَ يَعُدُّ مُسْتَوِلِيًّا عَلَيْهَا، أَوْ دَخَلَ دَارَ غَائِبٍ بِقَصْدِ الْاسْتِيلَاءِ وَلَوْ ضَعِيفًا لَا يَعُدُّ مُسْتَوِلِيًّا عَلَى صَاحِبِهَا.

وَكُرْكُوبِ الدَّابَّةِ: اسْتِخْدَامُ الْعَبْدِ، كَمَا قَالَ ابْنُ كُجَّ^(٣).

وَيُؤَافِقُهُ قَوْلُ الْقَاضِي فَيَمْنُ أُعْطِيَ عَبْدًا إِنْسَانٍ شَيْئًا لِيُوصِلَهُ إِلَى بَيْتِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ سَيِّدِهِ أَنَّهُ يَكُونُ غَاصِبًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اسْتَعَارَهُ لَذَلِكَ ضَمِنَهُ.

وَفِي «فَتَاوَيِ الْبَغْوَِيِّ» أَنَّهُ إِنْ كَانَ أَعْجَمِيًّا يَرَى طَاعَةَ غَيْرِ سَيِّدِهِ وَاجِبَةً فِيمَا يَأْمُرُهُ، أَوْ صَغِيرًا، أَوْ مُمَيِّزًا لَكِنْ قَالَ لَهُ الَّذِي اسْتَعْمَلَهُ: «إِنِّي اسْتَأْجَرْتُكَ مِنْ

(٢) «الأنوار لأعمال الأئمة» (٢/ ٤٧).

(١) في «الأنوار»: «وعصيانًا».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٠).

سَيِّدُكَ»، أَوْ بَعَثَ الزَّوْجُ عَبْدَ زَوْجَتِهِ فِي شَغْلِهِ دُونَ إِذْنِهَا، أَوْ بِالْعَكْسِ مِمِّيزًا أَوْ غَيْرَهُ، ضَمِينَ، وَإِلَّا فَلَا.

وَكَالِجُلُوسٍ عَلَى الْفِرَاشِ نَحْوَهُ أَخْذًا مِمَّا فِي «فَتَاوِي الْبَغْوِيِّ» مِنْ أَنَّهُ لَوْ رَأَى لِقْطَةً فِي الطَّرِيقِ فَوَضَعَ رِجْلَهُ عَلَيْهَا لَمْ يَضْمَنْهَا، فَإِنْ تَحَامَلَ عَلَيْهَا ضَمِينَ.

وَقَالَ الْمُتَوَلَّى فِيمَنْ رَأَى شَيْئًا مَطْرُوحًا عَلَى الْأَرْضِ فَرَفَعَهُ بِرِجْلِهِ لِيَعْرِفَ جَنْسَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ حَتَّى ضَاعَ لَمْ يَضْمَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِي يَدِهِ^(١).

وَاسْتَشْكَلَهُ بَعْضُهُمْ عَلَى مَا تَقَدَّمَ عَنِ الْبَغْوِيِّ فِي التَّحَامُلِ؛ لِأَنَّ اسْتِيلَاءَ هُنَا أَقْوَى.

وُجِبَتْ بِاحْتِمَالِ نَفْيِ الْمُتَوَلَّى الضَّمَانَ هُنَاكَ أَيْضًا وَتَسْوِيَةِ الْبَغْوِيِّ بَيْنَهُمَا فِي الضَّمَانِ، أَوِ الْفَرْقُ بِأَنَّهُ مُجَرَّدُ الرَّفْعِ بِالرَّجْلِ لَا يُعَدُّ اسْتِيلَاءً؛ فَلْيُتَأَمَّلْ.

بِخِلَافِ مُجَرَّدِ رَفْعِ الْمَنْقُولِ لَا يَكُونُ غَضَبًا لَهُ أَخْذًا مِنْ تَقْيِيدِهِمْ بِالنَّقْلِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ خَفِيفًا يُتَنَاوَلُ بِالْيَدِ عَادَةً فَمُجَرَّدُ رَفْعِهِ غَضَبٌ لَهُ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ، وَالْكَلَامُ فِي مَنْقُولٍ لَيْسَ بِيَدِهِ، أَمَّا مَا بِيَدِهِ بِنَحْوِ وَدِيعَةٍ فَمُجَرَّدُ انْكَارِهِ غَضَبٌ بِلَا تَوَقُّفٍ عَلَى نَقْلِ.

وَبِخِلَافِ مَا لَوْ دَخَلَ دَارَ الْغَائِبِ لَنَحْوِ تَفْرِجٍ وَنَظَرٍ لَهَا هَلْ تَصْلُحُ لَهُ، أَوْ لِيَتَّخِذَ مَثَلَهَا أَوْ لَا بِقَصْدٍ شَيْءٍ، فَلَا يَكُونُ غَاصِبًا لَهَا، بَلْ وَلَا يَضْمَنْهَا، وَإِنْ تَلَفَتْ وَهُوَ فِيهَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ رَفَعَ الْمَنْقُولَ مِنْ بَيْنِ يَدَيْ مَالِكِهِ لِذَلِكَ فَتَلَفَتْ فِي يَدِهِ أَوْ بَعْدَ وَضْعِهِ لَا بَيْنَ يَدَيْ مَالِكِهِ، فَإِنَّهُ يَضْمَنْهُ، أَيْ: بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ التَّلَفِ؛ إِذْ لَا غَضَبَ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ حَقِيقَةٌ، فَلَا يَحْتَاجُ فِي إِثْبَاتِ حُكْمِهَا إِلَى قَرِينَةٍ، وَعَلَى

(١) يَطْرُقُ «رَوْصَةُ الطَّالِبِينَ» (٤١٦/٥).

العقار حكيمية فلا بدَّ في تحقيقها^(١) من قرينة قصْد الاستيلاء، والقول في القصْد قوله بيمينه، وحيثُ جُعِلَ غاصباً للدارِ ففي كونه غاصباً لأمتعة فيها وجهان: أحدهما: لا، إلا أن يمنع المالك منها، وبه أجاب المتولّي. وثانيهما: نعم، وبه أجاب القاضي في كتاب «الأسرار»، والخوارزمي في «الكافي».

والخلاف كالخلاف فيمن اشترى داراً ومتاعها فخلّى البائع بينها وبين ما اشتراه هل يكون قابضاً للمتع؟

قال الأذرعى^(٢): الأقربُ أنّه غاصبٌ، ويحتملُ أنّه إن قصّد الاستيلاء أو منع المالك فغاصبٌ، وإلا فلا، ولو استولّى على بعض الدارِ كان غاصباً له فقط، أو شارك المالك وفي معناه غيره ممّن بدّه على الدارِ بحق كالمودع في الاستيلاء عليها كان غاصباً لنصفها، وإن كان قوياً والمالك ضعيفاً. نعم إن كان ضعيفاً لا يُعدّ مستولياً على المالك لم يكن غاصباً لشيء.

قال الأذرعى^(٣): هل الفرص فيما إذا كان المالك^(٤) في الدار مع الغاصب لا غير، أم لا فرق بين كون المالك وأهله وولده معهما في الدار؟ وهل يفترق الحال بين كون الدار معروفة بملك صاحبها أم لا؟ لم أر في ذلك شيئاً. انتهى.

ولو حضر صاحب الفرائض مع الغاصب ولم يُزعجه هو عنه لكانه بحيث يمنعه التصرف فيه كان غاصباً للنصف فقط أخذاً ممّا ذكر في الدار، والمراد بحضوره مشاركته الغاصب في الجلوس عليه، لا مجرد وجوده هناك من غير جلوس، وإلا فلا معنى حينئذٍ لقصر الغضب على النصف كما لا يخفى.

(٢) قوت المحتاج (٣/ ٢٥٦).

(١) في (هـ): «تحقيقها».

(٤) في (هـ): «المالك مفردة».

(٣) قوت المحتاج (٣/ ٢٥٧).

وحيث لم يجعل غاصباً للدار فقد جزم بعض المتأخرين بلزوم أجره المثل، وبعضهم بعدم اللزوم.

ورجح في «الخادم» الأول حيث قال بعد كلام ساقه ما نصه: يُؤخذ منه مسألة كثيرة الوقوع: شخص يدخل غير داره أو بستانه على سبيل التنزه دون الغضب، والظاهر أنه تلزمه الأجرة، وقد قال صاحب «التتمة» فيمن جلس مع غيره على بساطه بغير إذنه تلزمه الأجرة وإن لم يزجج المالك، ومسألتنا أولى بالوجوب. ولا يشكل عليه ما في «فتاوي» القاضي الحسين أنه لو دخل سارق دار إنسان فلم يمكنه الخروج زماناً وبقي مختفياً لا تجب عليه أجرة المثل؛ لأنه لم يستول عليها بإزالة يد المالك، بخلاف الغاصب. انتهى.

والفرق أن الداخل للتنزه يقصد الانتفاع كالجالس على البساط، بخلاف السارق فإن الضرورة أرهقته. انتهى.

(لزمه) إن كان المغصوب باقياً (ردّه) إليه ولو بوضعه عنده، وردّ الدابة إلى إصطبله إن علم فيهما، ولو بخبر ثقة، أو إلى وكيله، أو إلى أمين غير ملتقط غصب منه؛ كمودع، ومستأجر، ومرتهن، وعبد المالك فيما أخذه بإذنه واختص به؛ كثوبه، وآلة حرفته كمسحاة يعمل بها، وفي الردّ إلى المستعير وجهان بزوائده مطلقاً كالولد والثمره والبيضي ويسمى الدابة والجارية عنده، فإن تعدّر ردّه لنحو إباقي فللمالك أخذ القيمة للحيلولة أقصى ما كانت من الغضب إلى المطالبة.

قال الإسنوي: وينبغي إذا زادت القيمة بعد هذا أن يطالب بالزيادة؛ لأنها على ملكه، بل قد تؤخذ القيمة للحيلولة مع ردّه، كما لو حملت المغصوبة في يد الغاصب بحرّ، فإنه إذا سلمها للمالك وجب عليه أيضاً قيمتها للحيلولة؛ لأنّ الحامل بحرّ لا تباع، نقله الإسنوي في «الغازه» عن «الغاز الطبري» وأقره.

وتملك القيمة كما قال جمعُ منهم القاضي والإمامُ ملكَ قرضٍ؛ لأنَّه يُستمعُ بها على حُكمِ ردِّها أو ردِّ بدلِها عندَ ردِّ العين^(١)، فينفذُ تصرفه فيها كالقرضِ، وقضيةٌ كونُ ملكِها ملكَ قرضٍ امتناعُ تعويضٍ جاريةٍ تحلُّ للمغضوبِ منه عنها كما قاله بعضهم، لكنَّ الشُّبكيَّ جَزَمَ بالجوازِ، ونَقَلَ في جوازِ الاستمتاعِ تردُّداً عن ابنِ أبي الدِّمِّ تفقُّهاً، وعليه فيمكنُ الفرقُ بينَ ما هنا والقرضِ.

ولا يلزمُ المالكَ قبولُ القيمةِ^(٢)، ولا يصحُّ إبراءُ عنها؛ إذ ليست حقاً ثابتاً في الدِّمَّةِ، فلو ظفَرَ الغاصِبُ بالمغضوبِ منه فليس له حبُّسه لاستردادِ القيمةِ، بل للمالكِ استردادُها وردُّ القيمةِ بزوائدها المتَّصلةِ، وللغاصِبِ ردُّه واستردادُها كذلك، فإنَّ اتَّفَقَا^(٣) بعدَ ردِّه على تركِ التَّرادُّ فلا بدَّ منَ عقْدٍ، أو قبله لم يُحتجَّ إليه، ولا يجوزُ إبدالُها بغيرِ تراضٍ.

وفي معنى استردادِ المالكِ المغضوبِ: عتقه بإعتاقه، أو موته في الإيلادِ، وإخراجه عن ملكه بنحوٍ وفيفٍ، فللغاصِبِ استردادُ القيمةِ حينئذٍ، ولو نَقَلَ المغضوبُ إلى بليدٍ آخرَ فللمالكِ مطالبتُه بردِّه إلى بليدِ الغُصْبِ، وأخذُ قيمتهِ منه للحيلولةِ بينَه وبينَه إن كان بمسافةٍ بعيدةٍ، ولأَطالَبه بالردِّ فقط، قاله الماوردِيُّ^(٤). قال الأذَرعِيُّ^(٥): وهذا قد يظهرُ فيما إذا لم يخَفْ هَرَبَ الغاصِبِ أو تواريه، ولأَفالَوجهُ عدمُ الفرقِ بينَ المسافتينِ.

ولو ظفَرَ بالغاصِبِ في بليدٍ لم ينقله إليه، فظاهرٌ أنَّ له مطالبتَه بردِّه إليه بأنَّ يذهبَ إليه لتسليمه له أو يُوكَّلَ فيه، والقياسُ أنَّ له مع ذلك أخذَ القيمةِ للحيلولةِ، ولا فرقَ في ذلك بينَ المثليِّ والمُتَقَوِّمِ كما هو ظاهرٌ.

(١) ينظر «أسنى المطالب» (٢/٣٤٨). (٢) ينظر «أسنى المطالب» (٢/٣٤٦).

(٣) في (هـ) «اتَّفَقَ». (٤) «الحاوي الكبير» (٧/٢١٥).

(٥) «قوت المحتاج» (٣/٢٧٦).

ثُمَّ رَأَيْتُ فِيمَا لَوْ كَانَ الْمَغْضُوبُ مِثْلِيًّا بَاقِيًّا وَظَفَرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِهِ قَوْلَ الْمَاوَزِيِّ: لَيْسَ لَهُ مَطَالِبُهُ بِمِثْلِهِ، وَالْبَنْدَنِجِيُّ وَابْنُ الصَّبَّاحِ: إِنْ لَمْ يَكُنْ لِنَفْلِهِ مَوْنَةٌ طَالِبَهُ بِمِثْلِهِ، وَإِلَّا فَإِنْ اسْتَوَتْ قِيَمَةُ الْبَلَدَيْنِ أَوْ كَانَتْ قِيَمَةُ بَلَدِ الظَّفَرِ أَقْلَ فَلَهُ الْمَطَالِبَةُ بِهِ، أَوْ قِيَمَةُ بَلَدِ الْغَضَبِ أَكْثَرَ تَخَيَّرَ الْمَالِكُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ قِيَمَةَ بَلَدِ الْغَضَبِ، أَوْ يَصْبِرَ حَتَّى يَعُودَ إِلَيْهِ وَيَأْخُذَ عَيْنَ مَالِهِ، وَإِذَا أَخَذَ الْقِيَمَةَ مَلَكَهَا وَلَمْ يَمْلِكِ الْغَاصِبُ الطَّعَامَ^(١). انْتَهَى، فَلْيُنَاقِلْ.

(وَأَرِشُ نَقْصِهِ) إِنْ كَانَ أَيْ: نَقَصُ قِيَمَتِهِ حَتَّى بِاعْتِبَارِ الزِّيَادَةِ الْحَادِثَةِ عِنْدَهُ، سِوَاهُ أَكَانَ النَّقْصُ بِسَبَبِ الِاسْتِعْمَالِ؛ كَأَنْ لَيْسَ الثَّوْبُ فَأَبْلَاهُ، أَوْ لَا؛ كَذَهَابِ الْبَكَارَةِ وَسُقُوطِ يَدِ الْعَبْدِ بِأَقَى سَمَاوِيَّةٍ وَقَطْعِهَا حَدًّا أَوْ قَوْدًا، فَلَوْ سَمِنَ عِنْدَهُ ثُمَّ هَزَلَ ثُمَّ سَمِنَ ثُمَّ هَزَلَ كَانَ عَلَيْهِ أَرِشُ نَقْصِ السَّمْنَيْنِ.

نَعَمْ إِنْ كَانَ بِجَنَائِيَةٍ عَلَى مَا لَهُ أَرِشُ مُقَدَّرٍ مِنَ الْحُرِّ كَقَطْعِ يَدِهِ، فَإِنْ كَانَتْ مِنْهُ لَزِمَهُ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرِشِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ وَمِنْ مَقْدَارِ الْمَقْطُوعِ، أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ طَوِيلًا بِقَدْرِ الْمُقَدَّرِ وَقَرَارُهُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَطَوِيلًا بِالْغَاصِبِ فَقَطْ بِمَا زَادَ عَلَيْهِ مِنْ نَقْصِ الْقِيَمَةِ، أَوْ مِنَ الْمَالِكِ لَزِمَ الْغَاصِبَ الزَّائِدُ عَلَى الْمُقَدَّرِ مِنْ نَقْصِ الْقِيَمَةِ فَقَطْ، وَلَوْ لَمْ تَنْقُصِ الْقِيَمَةُ بِأَنْ يَبْقَيْتُ بِحَالِهَا أَوْ زَادَتْ لَمْ يَجِبْ غَيْرُ الْمُقَدَّرِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَوَّلِ وَعَلَيْهِمَا فِي الثَّانِي، لَكِنْ الْقَرَارُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَلَا شَيْءَ فِي الثَّالِثِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ؛ أَخَذًا مِمَّا تَقَدَّمَ فِيهِ.

وَحَيْثُ وَجَبَ الْأَرِشُ فَلَا مَطَالِبَةَ بِهِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ كَمَا فِي الْحُرِّ؛ لِاحْتِمَالِ حَدُوثِ نَقْصِ سَرِيَانٍ إِلَى نَفْسٍ أَوْ شَرَكَةٍ جَارِحٍ، بِخِلَافِ مَا لَوْ انْتَقَى النَّقْصُ فِي الْآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ، فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ فِي الْخِصَاءِ.

وكالآفة: نحوها؛ كالقود، كما هو ظاهر، بجامع أنه لا ضمانَ فيهما إلا بالنقص ولا نقص، أو في الجناية على ما لا مُقدّر له بأن لم يبقَ نقص بعد الاندمال؛ لأنه المُعتبر لم يُطالب بشيء كما صرّح به الشيخان^(١).

لكن لو قطع أصبعًا منه زائدة وبرئ ولم تنقص قيمته، قال ابن سريج: لا شيء عليه، وقال أبو إسحاق: يلزمه ما نقص، ويقوم قبل البرء والدم سائل للضرورة^(٢).

ولك أن تقول: قد تقرّر في الجنايات أنه إذا لم يبقَ نقص بعد الاندمال اعتبر أقرب نقص إليه، فإن لم يوجد نقص فرض القاضي شيئًا بجتهاده؛ لثلاث نفوت الجناية بلا مقابل، وحيث إن كانت الجناية هنا من الغاصب لم يعقل إلا الوجوب عليه، بل هو أولى من جناية^(٣) غير الغاصب لانضمام الغضب إلى جنايته، وإن كانت من غيره لم يعقل أيضًا إلا الوجوب عليه كسائر الجنّة؛ إذ لا معنى لمخالفة هذا لغيره، وعلى هذا فالمتّجه مطالبة الغاصب أيضًا لحصولها في يده، وإن كان القرار على الجاني كما لو كانت الجناية على ماله مقدّر وإلا فما الفرق؟

فإطلاق الشيخين^(٤) نفي المطالبة مُشكّل، وعليه فقضيته موافقة ابن سريج في مسألة الإصبع السابقة، إلا أن يُفرّق بين العضو وغيره، على أنه يحتمل تصوّر ما قاله بالجناية من غير الغاصب وإرادة نفي المطالبة قرارًا لا مطلقًا، فليأمل.

(وأجرة مثله) سليمان قبل النقص ومعينًا بعده حتى للمدة المستقبلية بعد أخذ قيمة الأبق للحيولة لبقاء حكم الغضب، سواء استوفى منفعته؛ كأن سكن الدار، واستخدم العبد، وليس الثوب، أو لا بأن لم يفعل شيئًا من ذلك،

(١) الشرح الكبير (٤٤٤/٥)، وروضة الطالبين (٣٨/٥).

(٢) ينظر: أسنى المطالب (٣٤٣/٢).

(٣) في (ج، ك): «الحياة»، وفي (هـ): «الحناء».

(٤) الشرح الكبير (٤٤٤/٥)، وروضة الطالبين (٣٨/٥).

فلو أحسن العبد المَغصوب صنائع لزم الغاصب أجره أعلاها لا أجره الكل، لاستحالة وجود عمليْن مختلفين في وقت واحد، ذكره القاضي وغيره.

قال الزركشي: ويؤخذ منه تخصيص ذلك بما لا يُمكن الإتيان معه بصناعة أخرى، فإن أمكن كالحياطة مع الحراسة ضمن الأخرى أيضاً، ولو صاد المَغصوب ولو غير مميز، كما صرح به البغوي وغيره صيداً كان الصيد للمالك، وضمن الغاصب أجرته في زمن صيده أيضاً^(١).

قال الرافعي: لأنه لو كان في يد مالكه ربما استعمله في غير ما اشتغل به فلا تدخل الأجرة فيما اكتسبه^(٢).

ولو تفاوتت الأجرة في المدة ضمن كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثله، ولو أبق المَغصوب وعمل الآخر بأجرة فللسيد أجره مثله على المُستأجر عليم أو جهل، وما انفق عليه أو دفع من الأجرة تعلق بذمة المَغصوب كما قاله في «الأنوار»^(٣).

ولو غصب أرضاً وبنى بها داراً لزمه قبل البناء أجره العَرَضية، وبعده أجره الدار إن بناها من ترابها، وإلا فأجره العَرَضية.

(فإن قلَّف) المال المَغصوب كله أو بعضه بإتلاف أو آفة سماوية (ضمنته) أي: التالف الغاصب (بمثله) إن وجد، وإن طرأ غلاء أو رخص (إن كان له مثل) بأن كان مثلياً وهو ما حصَّره كيل أو وزن وجاز السلم فيه؛ كتراب ونحاس وحديد، وتبر ومسك وعنبر وكافور وثلج وحميد، وصوف وقطن، ولو بحبة، خلافاً لابن الرُّفعة، وعنبر ورطب وإن وقع للشيخين في الزكاة خلافه، وفواكة

(٢) «الشرح الكبير» (٥/٤١٨).

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/٣٤٣).

(٣) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/٦٦).

رطبة وبقولٍ ودقيقٍ ولحمٍ طريٍّ وخبوبٍ جافةٍ لا معيبةٍ كما في «فتاوي ابن الصلاح»، وخلولٍ وإن كان فيها ماءٌ، خلافاً لمن خالف كشيخ مشايخنا، وأدهانٍ وإن أغلست، وألبانٍ وسمينٍ ومخيضٍ خالصٍ، ودراهمٍ ودنانيرٍ ولو مغشوشةً ومكسرةً وسبائك، وماءٍ وإن أغلي وتخاله كما أفنى به ابن الصلاح^(١).
فإن اتفقا مع وجود المثل على أخذ القيمة فوجهان مبيتان على جواز أخذ أزشي العيب مع القدرة على الرد، وقضيته ترجيح المنع، وبه جزم الإمام، لكن صحح الروايتي الجواز^(٢).

قال القمولي: والظاهر أن محلها إذا لم يوجد منهما لفظ صالح للتملك، فإن وجد ظهر الجزم بجوازه.

وإن فقد المثل إلى دون مرحلتين حساً أو شرعاً بأن وجدته بأكثر من ثمن مثله، أو منعه من الوصول إليه مانعٌ لزمه أقصى قيم المغمصوب من وقت الغضب إلى فقدان المثل موجوداً عند تلف المغمصوب، وإلا فإلى التلف كما قال في «الروضة»^(٣) و«أصلها»^(٤) إنه القياس.

وإذا غرم القيمة ثم وجد المثل فلا تراد، وللمالك أن ينتظر وجود المثل ولا يأخذ القيمة كما في «الروضة»^(٥) عن «البيان» و«البحر» عن أبي إسحاق.

ولو كان التلف بغير بلد الغضب فله مطالبته بالمثل في أي بقعة شاء من البقاع التي وصل إليها من البلدين وما بينهما مطلقاً، فإن فقد المثل فيها حساً أو شرعاً غرمه أقصى قيمتها، وإن ظفر به في بلد لم ينقله إليه، فإن كان مملاً لا مؤنة في نقله

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٥). (٢) «بحر المذهب» (٦/ ٤١٦).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٠). (٤) «الشرح الكبير» (٥/ ٤٢٢).

(٥) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٣).

كدراهم يسيرة ولم تكن قيمته فيها أكثر والطريق آمن طاب له فيها بالمثل، وإلا فبأقصى قيم ما وصل إليها من البقاع، فليس له مطالبتة بالمثل، ولا للغاصب تكليفه قبوله، ولو تراضيا بأخذه لم يكن له تكليفه مؤنة النقل، قاله الشيخان^(١).

فلو أخذَه على أن يغرّمها له لم يجر، قاله السبكي كالبعوي، والمأخوذ هنا وفيما قبله من الأقصى للفيضولة، فلا ترداد فيما لو اجتمعما فيما وصل إليه هنا، أو وجد المثل فيما تقدّم.

وحيث ضمن المثل بمثله فمحلّه إذا بقي له قيمة ولو يسيرة جداً كما اقتضاه إطلاقهم، وإن تردّد فيه المتأخرون، وإلا كان غصب جَمَداً في الصيف أو ماءً في مفازة واجتمعاً بعد تلفه في الشتاء في الأولى أو على شطّ نهر في الثانية لزمه قيمة المثل في الصيف في الأولى أو في مثل تلك المفازة في الثانية، وهي للفيضولة فلا ترداد لو اجتمعما في الصيف أو في مثل تلك المفازة.

(أو) ضمنه (بقيته إن لم يكن له مثل) كما تقدّم، وهو المتقوم؛ كالحبوان، والنباب حال كون قيمته (أكثر ما) أي: القيم التي (كانت) وحصلت (من يوم الغضب إلى يوم التلف) لتوجه الردّ عليه حال الزيادة، ولا عبّارة بالزيادة حال التلف كما لا عبّارة بالنقص بالكساد، فلو غصب ثوباً قيمته عشرة، ثم صارت درهماً أو عشرين، ثم تلف لزمه عشرة في الأول وعشرون في الثاني، ولو تلف في غير بلد الغضب اعتبر أكثر قيم البقاع التي وصل إليها كما تقدّم في المثل، ويُعتبر نقد بلد التلف.

قال الإسنوي: ومحلّه إذا لم ينقله، وإلا فيتجه كما في «الكفاية» اعتبار نقد البلد الذي يُعتبر قيمته، وهو أكثر البلدين قيمة.

(١) «الشرح الكبير» (٤٣٥/٥)، و«روضة الطالبين» (٣١/٤).

وفي «البحر» عن والده: ما يُقاربه عملاً بمحلٍّ وجوبِ الضَّمانِ الحقيقيِّ^(١).
ولو صارَ متقوِّماً، أو مثلياً آخر، أو المُتقوِّمُ مثلياً أو متقوِّماً آخر؛ كأن جعلَ
الدَّقِيقَ خبزاً، أو السَّمِسِمَ شيرجاً، أو الشَّاةَ لحمًا، أو الحُلِيَّ إناءً، ثُمَّ تَلَفَ عِنْدَ
الغَاصِبِ، أَخَذَ المَالُكَ المِثْلَ فِي الثَّلَاثَةِ الأولِ مُخِيرًا فِي الثَّانِي مِنْهَا بَيْنَ المِثْلَيْنِ،
إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْآخِرُ أَكْثَرُ قِيَمَةً فَيُؤْخَذُ فِي الثَّالِثِ وَقِيَمَتُهُ فِي الْأَوَّلَيْنِ وَأَخَذَ أَفْصَى
الْقِيمِ فِي الرَّابِعِ، فَإِنْ لَمْ يَتَلَفْ رَدُّهُ مَعَ أَزْشٍ نَقَصَهُ كَمَا هُوَ مَعْلُومٌ.

وخرَجَ بتقييدنا الغاصِبَ بقولنا: «مِنْ أَهْلِ الضَّمانِ» أي: لذلِكَ الْأَزْشِ^(٢)
بحسبِ ذلِكَ الحَالِ «غَاصِبُ المُرْتَدِّ»، فَإِنَّهُ وَإِنْ لَزِمَهُ رَدُّهُ وَضْمَانُهُ إِذَا مَاتَ
عِنْدَهُ، وَكَذَا أَجْرُهُ مِثْلُهُ كَمَا بَحَثَهُ شَيْخُ مَشَايخِنَا^(٣)، وَأَزْشٍ نَقَصَهُ فِيمَا يَظْهَرُ:
لَا يَضْمَنُهُ إِذَا قَتَلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى وَجْهِ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَى الْأَوْجِهِ عِنْدَ شَيْخِ
مَشَايخِنَا^(٤)، خِلَافًا لِتَفْصِيلِ ابْنِ الْعِمَادِ.

وَالْعَبْدُ إِذَا غَضِبَ مَالَ سَيِّدِهِ فَإِنَّهُ وَإِنْ لَزِمَهُ رَدُّهُ لَكِنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِسَبَبِهِ،
وَالْحَرْبِيُّ إِذَا غَضِبَ مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ ثُمَّ أَسْلَمَ، أَوْ عُقِدَتْ لَهُ ذِمَّةٌ بَعْدَ تَلَفِهِ
أَوْ إِتْلَافِهِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِسَبَبِهِ، وَالبَاغِي وَنَحْوُهُ إِذَا غَضِبَ لِأَهْلِ الْعَدْلِ شَيْئًا
وَأَتْلَفَهُ فِي الْقِتَالِ بِسَبَبِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وغيرُ الْمُمَيِّزِ لِصَغِيرٍ أَوْ جُنُونٍ إِذَا أُمِرَ بِغَضَبٍ شَيْءٍ وَإِتْلَافِهِ، فَإِنَّ الضَّمانَ
يَتَعَلَّقُ بِالْأَمْرِ دُونَهُ.

وَبِتَقْيِيدِ الْمُصَنِّفِ بِالمَالِ أَي: الْمُتَمَوِّلِ: غَيْرُهُ؛ كَالَاخْتِصَاصِ، وَمَا لَا يَتَمَوِّلُ،
فَإِنَّهُ وَإِنْ وَجَبَ رَدُّهُ لَكِنْ لَا ضَمَانَ فِيهِ، وَالمُتَبَادِرُ مِنَ المَالِ الْأَعْيَانُ وَإِنْ أَطْلَقَ

(١) يَظْهَرُ. «أَسَى المَطَالِبِ» (٢/ ٣٤٧).

(٢) فِي (هـ): «الشَّيْءُ».

(٣) «أَسَى المَطَالِبِ» (٢/ ٦١).

(٤) «أَسَى المَطَالِبِ» (٢/ ٦١).

على المنافع كما صرَّح به الرَّافِعِيُّ^(١) في الوصايا باندراجها فيه، ويُتصورُ غضبُها وحدها في الموصى بمنفعته أبداً إذا غصبه الوارث، لكن لا يتأتى فيه جميع الأحكام التي ذكرها المصنّف؛ إذ لا يُتصورُ فيها ردُّ ولا أَرُشُ نقصه ولا أجره مثلها مع ضمان قيمتها إذا تَلَفَتْ كما هو معلوم، وإنما تجب قيمتها إذا تَلَفَتْ بتفويت أو دونه وهي أجره مثل.

وفي حكم المال: المسجدُ، والشارعُ، والمقبرةُ، وعرفةُ، ومِنَى ونحوها، فيجب ردُّها برفع اليد عنها، وأَرُشُ نقصها كما هو ظاهرٌ، وأجره مثلها، لكن بالتفويت دون الفوات.

فإن شغل بعض المسجد بمتاع، فإن أغلقه وجب أجره جميعه، وإلا فأجره موضع المتاع فقط، ومثله في ذلك غيره ممَّا ذُكِرَ معه كما هو ظاهرٌ، وتصرف^(٢) الأجرة في مصالحه كما قاله المتولِّي والغزالي والنووي في «فتاويهما»، وإن أفتى ابن رزين بأنها لمصالح المسلمين، ومثله في ذلك فيما يظهر غيره ممَّا ذُكِرَ معه.



(١) «الشرح الكبير» (٧/١٠٩).

(٢) في (هـ). «ومصرف»

(فَصْلٌ) فِي الشُّفْعَةِ

وهي حَقٌّ تَمْلِكُ قَهْرِيٌّ يَثْبُتُ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ عَلَى الشَّرِيكِ الْحَادِثِ فِيمَا مَلَكَ بِمُعَاوَضَةٍ^(١).

(وَالشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ) أَي: ثَابِتَةٌ (بِالْخُلْطَةِ) أَي: بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ حَتَّى لَذْمِيٍّ عَلَى مُسْلِمٍ، وَمُكَاتَبٍ عَلَى سَيِّدِهِ، وَقِيمٌ نَحْوِ مَسْجِدٍ وَبَيْتٍ مَالٍ بِالمَصْلَحَةِ، بَأَن كَانَ لِنَحْوِ الْمَسْجِدِ^(٢) أَوْ بَيْتِ الْمَالِ شَقْصٌ مَمْلُوكٌ لَهُ بَشْرَاءٌ أَوْ غَيْرُهُ، ثُمَّ بَاعَ شَرِيكُهُ، وَرَأَى قِيَمَةَ الْمَصْلَحَةِ فِي الْأَخْذِ، وَشَرِيكِ مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ إِذَا بَاعَ شَرِيكُهُ الْآخَرَ إِنْ جَوَزْنَا قِسْمَةَ الْمَلِكِ عَنِ الْوَقْفِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ إِنْ كَانَتْ إِفْرَازًا، أَوْ وَلِيٍّ حَمْلٍ لَهُ بَعْدَ انفصَالِهِ لَا قَبْلَهُ بِأَن مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ عَنْ حَمْلٍ، لَا لِمَوْقُوفٍ عَلَيْهِ مِنْ مَسْجِدٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَا لَقِيمٍ حَمْلٍ لَهُ وَلَوْ بَعْدَ انفصَالِهِ فِيمَا لَوْ مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنْهُ ثُمَّ بَاعَ الْآخَرُ، وَلغَيْرِهِ مِنَ الْوَرِثَةِ الْأَخْذَ بِهَا.

وَهَلْ هُنَا فِي صُورَةِ شَرِيكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ السَّابِقَةُ الْجَمِيعُ أَوْ بِنِسْبَةِ حَصَّتِهِ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَالَّذِي يَظْهَرُ هُوَ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ جِهَةَ الْحَمْلِ وَالْوَقْفِ لَعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ الْأَخْذِ بِهَا كَالْعَدَمِ، وَكَمَا لَوْ أَعْرَضَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فَإِنَّ لِلْآخَرِ أَخْذَ الْجَمِيعِ.

(دُونَ الْجَوَارِ) وَلَوْ مَعَ التَّلَاصُّقِ، رَوَى الْبُخَارِيُّ^(٣) عَنْ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ^(٤)، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ».

(٢) فِي (ج): «مَسْجِدٌ».

(٤) فِي (هـ): «يُقَسَّمُ».

(١) فِي (ج): «بِعَوَاضٍ».

(٣) «صَحِيحُ الْحَارِثِيِّ» (٢٢١٤).

وأما خبر «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ»^(١) ونحوه فَمَحْمُولٌ عَلَى الشَّرِيكِ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ أَجْزَاءِ مَلِكِهِ مَجَاوِرَةٌ لْجَمِيعِ أَجْزَاءِ مَلِكِ شَرِيكِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِاسْمِ الْجَارِ مِنَ الْمُلَاصِقِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ.

نَعَمْ لَوْ قَضِيَ لِلْجَارِ وَلَوْ شَافِعِيًّا بِهَا حَنْفِيٌّ لَمْ يُنْقَضِ حُكْمُهُ، وَلَوْ جَهِلَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بَيْعَ شَرِيكِهِ فَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي بِأَنَّهُ ظَنَّهُ وَكَيْلَ الْبَائِعِ، أَوْ قَاسَمَهُ وَكَيْلَهُ فِي قِسْمَةِ أَمْلَاكِهِ لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنَ الشُّفْعَةِ وَإِنْ صَارَا جَارَيْنِ.

قَالَ بَعْضُهُمْ: لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ الْمَقْرُونَةِ بِالْعُذْرِ، وَلَيْسَتْ كَبَيْعِ حَصَّتِهِ جَاهِلًا، وَالْفَرْقُ أَنَّ لِلْجَوَارِ نَوْعَ اتِّصَالٍ فَقَدْ يُؤَدِّي إِلَى التَّأْدِي بِضَيْقِ الْمَرَاقِقِ وَسُوءِ الْجَوَارِ، وَلِهَذَا اخْتَلَفَ فِي ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ بِهِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ أَخَذَهُ بِالشُّفْعَةِ مُتَضَمِّنًا لِنَقْضِ الْقِسْمَةِ، فَلَا جَوَارَ حِينَ الْأَخْذِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَرُدُّ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ الْمُصَنِّفِ دُونَ الْجَوَارِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ فِيهِ الْجَوَارُ فِي الْإِبْتِدَاءِ.

وَيُؤْخَذُ مِنْ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا أَرْضٌ وَلَا حِدَهُمَا فِيهَا أَشْجَارٌ أَوْ أَبْنِيَةٌ فَبَاعَهَا مَعَ حَصَّتِهِ مِنَ الْأَرْضِ لَمْ تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ إِلَّا فِي الْأَرْضِ؛ لِعَدَمِ الشَّرَكَةِ فِي الْأَشْجَارِ وَالْأَبْنِيَةِ.

وَأَمَّا تَجِبُ الشُّفْعَةُ فِيهِ بِالْخُلْطَةِ (فِيمَا) أَي: فِي مُشْتَرَكٍ (بِنَقْصِ) أَي: يُمَكِّنُ انْقِسَامَهُ انْقِسَامًا يُجْبِرُ الشَّرِيكَ عَلَيْهِ إِذَا طَلَبَهُ شَرِيكُهُ بِأَنَّهُ يُمَكِّنُ بَعْدَ الْانْقِسَامِ الْانْتِفَاعَ بِهِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ، فَلَا اعْتِبَارَ بِإِمْكَانِ نَفْعٍ آخَرَ.

(١) رواه أبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨)، والنسائي في «الكبرى» (١١٧١٧) من حديث سَمُرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، وقال الترمذي حسن صحيح.

(دُونَ مَا لَا يَنْقَسِمُ) كَذَلِكَ وَإِنْ أَمَكَّنَ انْقِسَامُهُ فِي الْجُمْلَةِ، فَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا دَارٌّ أَوْ طَاحُونَةٌ أَوْ حَمَّامٌ أَوْ بَثْرٌ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ كَبِيرًا بَحِثْ يُمَكِّنُ جَعْلُ الدَّارِ دَارَيْنِ، أَوْ الطَّاحُونَةُ ثَنَتَيْنِ^(١) لِكُلِّ وَاحِدَةٍ حَجَرَانِ، وَالْحَمَّامُ حَمَّامَيْنِ، أَوْ كُلِّ بَيْتٍ مِنْهُ بَيْتَيْنِ، وَالبَثْرُ بَثْرَيْنِ بَأَنْ يَبْنِي فِيهَا وَيُجْعَلُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ بِيَاضٌ يَقِفُ فِيهِ الْمُسْتَسْقَى وَيَلْقَى فِيهِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فِيهِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي دَارٍ صَغِيرَةٍ لِأَحَدِهِمَا عَشْرُهَا وَلِلْآخَرِ بَاقِيهَا، فَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ الْعَشْرِ نَصِيْبَهُ فَلَا شُفْعَةَ لِلْآخَرِ؛ إِذْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ لَوْ طَلَبَهَا صَاحِبُ الْعَشْرِ، وَإِنْ بَاعَ الْآخَرُ نَصِيْبَهُ فَلصَاحِبِ الْعَشْرِ الْأَخْذُ؛ إِذْ يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ لَوْ طَلَبَهَا صَاحِبُ الْبَاقِي.

وَقَوْلُهُ: «فِيمَا يَنْقَسِمُ» تَنَازَعُهُ «وَاجِبَةٌ» وَ«الْخُلْطَةُ»، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ عِلَّةَ ثَبُوتِ الشُّفْعَةِ دَفْعُ ضَرَرِ مُؤْنَةِ الْقِسْمَةِ وَاسْتِحْدَاثِ الْمَرَاقِ فِي الْحَصَّةِ الصَّائِرَةِ إِلَيْهِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ.

ثُمَّ عَطَفَ عَلَيْهِ لِتَفْسِيرِهِ وَتَقْيِيدِهِ قَوْلَهُ: (وَفِيمَا) أَي: وَفِي مَشْتَرَكٍ (لَا يُنْقَلُ) عَادَةً، وَقَوْلُهُ: (مَنْ الْأَرْضِ) صَلَةُ «يُنْقَلُ»، ثُمَّ مَثَلٌ مَا لَا يُنْقَلُ بِقَوْلِهِ: (كَالْعَقَارِ) أَي: الْأَرْضِ (وَوَحْيِهِ) مِمَّا يَنْدَرِجُ فِي بَيْعِهِ؛ كَالْأَبْنِيَةِ، وَالْأَشْجَارِ الرَّطْبَةِ، وَثَمَرَتِهَا الْمُقَارَنَةِ لِلْبَيْعِ بِلا تَأْيِيرٍ^(٢) عِنْدَهُ، وَإِنْ أَبْرَثَ قَبْلَ الْأَخْذِ، وَالْحَادِثَةِ بَعْدَهُ الْغَيْرِ الْمُؤَيَّرَةِ عِنْدَ الْأَخْذِ، وَأَصُولٌ مَا يُجْزَأُ مَرَارًا، أَوْ حَجَرِ الرَّحَى الْأَسْفَلِ، وَالدُّوَلَابِ الثَّابِتِ فِي الْأَرْضِ تَبَعًا لَهُ، فَلَوْ بَاعَ مُنْفَرِدًا أَوْ لَمْ يَكُنِ الْعَقَارُ مُشْتَرَكًا فَلَا شُفْعَةَ.

(١) فِي (هـ): «طَاحُونَتَيْنِ».

(٢) فِي (هـ): «تَأْيِيرٍ».

لَا يُقَالُ: لَا يَصْدُقُ عَلَى الْأَرْضِ مَا لَا يُنْقَلُ مِنَ الْأَرْضِ، فَلَا يَصِحُّ تَفْسِيرُ الْعَقَارِ الْوَاقِعِ مَثَالًا لَهَا؛ لِأَنَّا نَمْنَعُ ذَلِكَ، بَلْ يَصْدُقُ عَلَى كُلِّ بَعْضٍ مِنَ الْأَرْضِ أَنَّهُ لَا يُنْقَلُ عَادَةً مِنْهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِالْعَقَارِ مَعْنَاهُ اللَّغَوِيُّ وَهُوَ الْأَرْضُ وَالضَّيْعَةُ وَالنَّخْلُ، وَبِغَيْرِهِ: مَا عَدَاهُ مِمَّا تَقَدَّمَ.

وَخَرَجَ بِمَا لَا يُنْقَلُ: الْمَنْقُولُ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ مُطْلَقًا، نَعَمْ إِنْ كَانَ مِنْ تَوَابِعِ مَا لَا يُنْقَلُ الْمُنْدَرِجَةِ فِي الْبَيْعِ؛ كَحَجَرِ الرَّحَى الْأَعْلَى، وَالْأَبْوَابِ الْمَنْصُوبَةِ، وَالْمِفَاتِيحِ، وَالرُّفُوفِ، وَالْمَسَامِيرِ فَلَهُ حُكْمُهُ، وَالْمُرَادُ الْمَنْقُولُ ابْتِدَاءً، فَلَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ بَعْدَ بَيْعِهَا ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فِي نَقْضِهَا وَإِنْ صَارَ مَنْقُولًا، وَإِنَّمَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِالْخُلْطَةِ فِيمَا ذَكَرَ.

(بِالْثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ) أَي: بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا، وَبَقِيَّتِهِ وَقَتَ الْبَيْعِ إِنْ كَانَ مَتَقَوِّمًا، فَإِذَا أَرَادَ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ أَخَذَ بِذَلِكَ، نَعَمْ لَوْ زِيدَ الثَّمَنُ أَوْ حُطَّ بَعْضُهُ فِي زَمَنِ خِيَارِ مَجْلِسٍ، أَوْ شَرْطٍ، أَوْ بِسَبَبٍ غَيْبٍ فِي الشَّفِيعِ، امْتَنَعَ الرَّدُّ بِهِ كَحُدُوثِ غَيْبٍ آخَرَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي لِحَقِّ الشَّفِيعِ كُلِّ مِنَ الزِّيَادَةِ وَالْحُطِّ، وَلَوْ قُدِّرَ الْمِثْلِيُّ بِغَيْرِ مَعْيَارِ الشَّرْعِ كَقِنْطَارٍ بُرٍّ فَلَا صِحَّ فِي «الرَّوَضَةِ»^(١) كَأَصْلِهَا^(٢) فِي بَابِ الْقَرْضِ أَنَّهُ بِأَخْذِهِ بِمِثْلِهِ.

قَالَ فِي «الْمَطْلَبِ»: وَيُظْهَرُ أَنَّ الشَّفِيعَ لَوْ مَلَكَ الثَّمَنَ نَفْسَهُ قَبْلَ الْإِطْلَاعِ ثُمَّ اطَّلَعَ أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْأَخْذُ بِنَفْسِ الثَّمَنِ لَا سَيِّمًا الْمُتَقَوِّمَ؛ لِأَنَّ الْعُدُولَ عَنْهُ إِنَّمَا كَانَ لِتَعَدُّرِهِ، وَيُحْتَمَلُ خِلَافُهُ^(٣). انْتَهَى.

(١) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٨٦/٥).

(٢) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٥٠٧/٥).

(٣) يَطْرُقُ «أَسَى الْمَطْلَبِ» (٣٦٩/٢).

قال الأذرعِيُّ: والأوَّلُ أصحُّ.

ولو فُقِدَ المِثْلِيُّ بالمَعْنَى السَّابِقِ فِي الْعَصَبِ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِقِيَمَتِهِ وَقَتَّ
الْأَخِذَ، أَوْ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي قَدْرِ الثَّمَنِ صَدَّقَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ
بِمَا بَاشَرَهُ^(١) مِنْهُ، وَلَوْ كَانَ عَرْضًا وَتَلَفَ وَاخْتَلَفَا فِي قِيَمَتِهِ فَكَذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ
الثَّمَنُ مُوجَّلاً تَخَيَّرَ الشَّفِيعُ بَيْنَ التَّعْجِيلِ وَالْأَخْذِ حَالًا، وَالصَّبْرِ إِلَى الْمَحَلِّ ثُمَّ
الْأَخْذِ وَإِنْ حَلَّ بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ اخْتَارَ الصَّبْرَ إِلَيْهِ ثُمَّ عَنْ لَهُ التَّعْجِيلُ فَفِي
«الْمَطْلَبِ» يَظْهَرُ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ قِطْعًا، وَلَوْ رَضِيَ الْمُشْتَرِي بِأَخْذِهِ بِمُؤَجَّلٍ، وَقَالَ
الشَّفِيعُ: «اصْبِرْ إِلَى حُلُولِهِ»؛ بَطَلَ حَقُّهُ.

وَفِيمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا مَعَ مَا يَأْتِي تَنْبِيْهُ عَلَى مَنْ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِالشَّفْعَةِ، وَهُوَ
كَمَا فِي «الْمَنَاجِ»^(٢) وَغَيْرِهِ: كُلُّ مَنْ مَلَكَ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ
مِلْكِ الشَّفِيعِ.

فَلَا شَفْعَةً فِيمَا مِلَّكَ بَارِثٌ أَوْ هَبِيَّةٌ أَوْ وَصِيَّةٌ أَوْ فَسَخَ، وَلَا فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ إِلَّا إِنْ
شَرَطَ لِلْمُشْتَرِي فَقَطَّ فَيَأْخُذُ مِنْهُ الشَّفِيعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ لَهُ، وَلَا فِيمَا
لَوْ اشْتَرَا مَعًا عَقَارًا أَوْ بَعْضَهُ.

وَأُورِدَ عَلَى الْقَيْدِ الْأَخِيرِ: مَا لَوْ بَاعَ شَرِيكَ حَصَّتَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ أَوْ لَهَا،
ثُمَّ بَاعَ الْآخَرُ حَصَّتَهُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ بَيْعَ بَتٍّ، فَإِنَّهُ لَا شَفْعَةَ لِلْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى
الْأَوَّلِ، وَإِنْ تَأَخَّرَ مِلْكُهُ عَنْ مِلْكِهِ، بَلِ الشَّفْعَةُ لِلْبَائِعِ فِي الْعَقْدِ الْأَوَّلِ إِنْ كَانَ الْمِلْكُ
لَهُ بِأَنْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ وَحْدَهُ كَمَا أَنَّهَا لِلْمُشْتَرِي فِيهِ كَذَلِكَ، فَإِنْ وَقَفَ الْمِلْكُ بِأَنْ
كَانَ الْخِيَارُ لَهَا وَقَفَتْ؛ لَعَدَمِ الْعِلْمِ بِزَوَالِ الْمِلْكِ، فَلَوْ أَخَذَ مَنْ حَكِمَ لَهُ بِالْمِلْكِ

(١) فِي (ح): «بَاشَرُ»

(٢) «مَنَاجِ الطَّالِبِينَ» (ص ١٥١)

مهما ثُمَّ فُسِّخَ عَقْدُهُمَا لَمْ تَنْفَسِخْ شُفْعَتُهُ، كَمَا أَنَّ الرِّوَاءَ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ لَمْ يَحْكَمْ لَهُ بِالْمَلِكِ، وَإِنَّمَا تَبَيَّنَ لَدَى الْعَقْدِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْبَيْعِ، وَهُوَ مُتَقَدِّمٌ عَلَى مَلِكِهِ، فَلَوْ قِيلَ: مُتَأَخِّرًا عَنْ سَبَبِ مَلِكِ الشَّفِيعِ لَمْ يَرُدَّ ذَلِكَ.

وَأُجِيبَ: بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْمَلِكِ سَبَبُهُ مَجَازًا، عَلَى أَنَّا نَتَبَيَّنُ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ بِالْإِجَازَةِ أَنَّ الْأَوَّلَ مَلِكٌ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ فَمَلِكُهُ لَمْ يَتَأَخَّرْ عَنْ مَلِكِ الثَّانِي بَلْ تَقَدَّمَ عَلَيْهِ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ بِالشَّفْعَةِ بَعْدَ مُضِيِّ الْخِيَارِ.

هَذَا فِي قَوْلِ الْمُؤَرِّدِ: «مُتَأَخِّرًا عَنْ سَبَبِ مَلِكِ الشَّفِيعِ»، (قُصُورٌ؛ إِذْ حَقُّهُ أَنْ يَقُولَ: مُتَأَخِّرًا بِسَبَبِ مَلِكِهِ عَنْ سَبَبِ مَلِكِ الشَّفِيعِ)^(١)؛ إِذْ يَرُدُّ عَلَى قَوْلِهِ: مَا لَوْ بَاعًا مَرْتَبًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أُجِيزَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ. انْتَهَى.

وَأَقُولُ: بَلْ يَرُدُّ أَيْضًا عَلَى قَوْلِهِ نَفْسُ الصُّورَةِ الْمُرَدَّةِ بِاعْتِبَارِ شَقِّهَا الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ كَمَا يَصْدُقُ فِيهَا تَأَخُّرُ مَلِكِ الثَّانِي عَنْ سَبَبِ مَلِكِ الْأَوَّلِ يَصْدُقُ تَأَخُّرُ مَلِكِ الْأَوَّلِ عَنْ سَبَبِ مَلِكِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ مَلِكَ الْأَوَّلِ بِالْإِجَازَةِ الْمُتَأَخِّرَةُ عَنْ سَبَبِ مَلِكِ الثَّانِي وَهُوَ الْبَيْعُ، فَلَا يَنْدَفِعُ الْوُرُودُ بِمَا ذَكَرَهُ؛ إِذْ لَا مَرْجَحَ لِأَحَدِ الْجَانِبَيْنِ.

فَقَوْلُهُ: «لَوْ قِيلَ مُتَأَخِّرًا عَنْ سَبَبِ مَلِكِ الشَّفِيعِ لَمْ يَرُدَّ ذَلِكَ» مَمْنُوعٌ، وَلَا بَدَّ فِي التَّمَلُّكِ مِنْ لَفْظٍ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ؛ كـ «تَمَلَّكْتُ» أَوْ «اخْتَرْتُ الْأَخْذَ بِالشَّفْعَةِ»، أَوْ «أَخَذْتُهُ بِالشَّفْعَةِ» مَعَ رِضَى الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِرْضِ فِي ذِمَّتِهِ حَيْثُ لَا رَبَاءَ بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ بِالْمَبِيعِ صَفَائِحُ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَالثَّمَنُ مِنَ الْآخِرِ، فَلَا يَكْفِي الرِّضَى، وَلَا بَدَّ مِنَ التَّقَابُضِ فِي مَجْلِسِ الْأَخْذِ، أَوْ قَضَاءِ الْقَاضِي لَهُ بِالشَّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَبْتَتْ حَقَّهُ فِيهَا وَطَلَبَهُ، أَوْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ لِلْمُشْتَرِي، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ

تَسْلِمُهُ^(١) خُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ، أَوْ رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْقَاضِي لِيُزِمَهُ التَّسْلِمَ^(٢) أَوْ يَقْبِضَ عَنْهُ، وَحَيْثُ مَلَكَ بَدُونِ تَسْلِيمِ الْعَوَضِ لَمْ يَكُنْ لَهُ تَسْلِمٌ^(٣) الشَّقْصِ حَتَّى يُؤَدِّي الْعَوَضَ، وَإِنْ سَلَّمَ الْمُشْتَرِي الشَّقْصَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ، فَإِنْ طَالَبَهُ وَعَجَزَ أُمِهْلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ لَمْ يُحْضِرْهُ فِيهَا فَسَخَّ الْقَاضِي تَمْلُكَهُ.

(وَهِيَ) أَيِ: الشُّفْعَةُ (عَلَى الْفَوْرِ) بَعْدَ عِلْمِ الشَّفِيعِ بِالْبَيْعِ، وَلَوْ بِإِخْبَارِ مَقْبُولِ الرِّوَايَةِ، أَوْ عَدَدِ التَّوَاتُرِ، أَوْ مَنْ وَقَعَ فِي قَلْبِهِ صِدْقُهُ، فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى مَضَى سِنُونَ فَهُوَ عَلَى شَفْعَتِهِ، وَالْمُرَادُ كَمَا فِي «الْمَطْلَبِ» وَ«الْكَفَايَةِ»^(٤) بِكَوْنِهَا عَلَى الْفَوْرِ: هُوَ طَلِبُهَا، نَحْوُ: «أَنَا مَطَالِبٌ بِهَا لَا تَمْلِكُهَا».

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَهُوَ صَحِيحٌ، فَلَا يَضُرُّ تَرَاجُحُهُ مَعَ وَجُودِ الطَّلَبِ فَوْرًا بِأَنْ يُبَادِرَ وَلَوْ بَنَائِهِ إِلَى الْمُشْتَرِي أَوْ الْحَاكِمِ لَطَلِبُهَا، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُمَا أَشْهَدَ.

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْمُبَادَرَةِ الْعَادَةِ فَلَا يُكَلِّفُ الْعَدُوَّ، وَلَهُ الْاِسْتِغْنَاءُ بِصَلَاةٍ وَأَكْلٍ وَقَضَاءٍ حَاجَةٍ دَخَلَ وَقْتُهَا، وَلَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ إِذَا سَافَرَ فَوْرًا طَالِبًا أَوْ وَكَّلَ فِيهِ، بِخِلَافِ نَظِيرِهِ مِنَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَفَرَّقَ بَأَنْ تَسْلِيطَ الشَّفِيعِ عَلَى الْاِخْذِ بِالشُّفْعَةِ أَقْوَى مِنْ تَسْلِطِ الْمُشْتَرِي عَلَى الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، أَلَا تَرَى أَنَّ لِلشَّفِيعِ نَقْضَ تَصَرُّفَاتِ الْمُشْتَرِي مِنْ وَقْفٍ وَهَبٍ وَبَيْعٍ وَغَيْرِهَا لِيَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ.

وَإِذَا أَشْهَدَ فَلْيُشْهَدْ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، فَإِنْ أَشْهَدَ رَجُلًا لِيَحْلِفَ مَعَهُ لَمْ يَكْفِ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ لَا يَحْكُمُ بِهِمَا، نَقَلَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ عَنِ الرُّوْيَانِيِّ ثُمَّ قَالَ: وَلَا يَبْعُدُ الْاِكْتِفَاءُ بِذَلِكَ عَلَى رَأْيٍ، وَهُوَ قِيَاسُ مَا قَالَهُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

(١) فِي (ج): «تَسْلِمُهُ».

(٢) فِي (هـ): «التَّسْلِيمِ».

(٣) فِي (هـ): «تَسْلِيمِ».

(٤) «كَفَايَةُ النَّسَبِ فِي شَرْحِ النَّسَبِ» (٢٧/١١).

وقال الزركشي: إنه الأقرب، وبه جزم ابن كج في «التجريد»، فإن عجز عن الإشهاد لم يلزمه التلقظ بالطلب، وحيث وجب الإشهاد فادعاه وأنكره المشتري، قال الماوردی^(١) والرويانی^(٢): القول قول الشفع.

قال في «الأنوار»^(٣): قال البغوي في «التعليق»: إذا وجب الإشهاد فقال: «أشهدت فلاناً وفلاناً» فأنكر لم يبطل حقه.

قال القمولي: ويظهر مجيء الخلاف المتقدم في الضمان والوكالة. قال: وكذا لو اختلفا في السفر لأجل الشفعة.

(فإن آخرها) أي: الشفعة بلا عذر يعني: آخر الطلب بها بأن ترك إعلام المشتري والحاكم بنفسه أو نائبه (مع القدرة) على أحدهما، وإن أشهد أو ترك الخروج للمشتري الغائب كذلك حيث لا حاكم مع تيسره، أو ترك الإشهاد عند العجز عنهما (بطلت) أي: سقط حقه من الأخذ بها لتقصيره.

بخلاف ما إذا أخره مع العجز عنه بأن عجز عن المشتري والحاكم والإشهاد؛ كأن فقد الحاكم والشهود، وغاب المشتري، ولم يتأت الخروج إليه بنفسه أو نائبه، لنحو خوف مع عدم رفقة تعتمد، ومفرط حر أو برد، وكمرضه أو حبسه مع عدم من ينوب عنه فيه، أو مع عذر كانتظار حضور بعض الشفعاء إذا كان غائباً، وانتظار حلول الثمن إذا كان مؤجلاً، وحضور وقت صلاة أو طعام أو لبس أو قضاء حاجة، أو كان في حمام أو ليل، وكذا حضور وقت دخول حمام عادة، وقرب دخول ليل بأن لم يبق من النهار مع ما يجاوره مما هو في حكمه من أوائل الليل ما يسع الطلب فيما يظهر، وفيما سيأتي عن «الأنوار»^(٤) إشعار بالأول.

(٢) «بحر المذهب» (٩/٧).

(٤) «الأنوار» للاردبيلي (٩٣/٢).

(١) «الحاوي الكبير» (٢٤٣/٧).

(٣) «الأنوار» للاردبيلي (٩٣/٢).

ولا يلزمه تخفيف الصلاة، والافتصار على أقل ما يُجزئ، والكلام في مسألة الليل كما هو ظاهر حيث لم يُمكنه إعلام المشتري بلا مشقة لكونه عنده، أو بالقرب منه ونحو ذلك، ولو تمكّن من إسهاد جيرانه ليلاً أو مواكليه^(١) لو كان على طعام فتركه ففي بطلان شفعته وجهان للقاضي، أظهرهما: لا تبطل، ولو قرّن شغلاً بشغل بأن قرّع من الأكل ودخل الحمام بطل حقه، إلا أن يكون له حاجة مرهقة، قاله في «الأنوار»^(٢).

(وَإِذَا تَزَوَّجَ) أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ (امْرَأَةً) أَوْ خَالَعَهَا (عَلَى شَفْعِيٍّ) مِنَ الْمُشْتَرِكِ، أَوْ أَمْتَعَهَا إِيَّاهُ، أَوْ صَالَحَ بِهِ عَنْ دَمٍ، أَوْ جَعَلَهُ أَجْرَةً، أَوْ جُعِلَا، أَوْ قَرْضًا، سَوَاءً كَانَ جَمِيعَ نَصِيْبِهِ أَوْ بَعْضَهُ (أَخَذَهُ الشُّفْعِيُّ) وَهُوَ الشَّرِيكُ الْآخَرُ جَوَازًا (بِمَهْرٍ الْمِثْلِ) لِنَتِكَ الْمَرْأَةِ وَقَتِ الْإِصْدَاقِ وَالْخُلْعِ فِي الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ، وَمَتْعَةِ الْمِثْلِ لَهَا وَقَتِ الْإِمْتَاعِ فِي الثَّلَاثَةِ، وَقِيَمَةِ الذِّبَةِ وَقَتِ الصُّلْحِ فِي الرَّابِعَةِ، وَأَجْرَةِ الْمِثْلِ وَقَتِ الْاسْتِجَارِ فِي الْخَامِسَةِ، وَبَعْدَ تَمَامِ الْعَمَلِ فِي السَّادِسَةِ، وَقِيَمَتِهِ بَعْدَ مَلِكِ الْمُسْتَقْرِضِ بِقَبْضِهِ فِي السَّابِعَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمُقْتَرَضُ يَرُدُّ الْمِثْلَ الصُّورِيَّ.

(وَإِنْ كَانَ الشُّفْعَاءُ) أَي: الْمُسْتَحَقُّونَ الْأَخَذَ بِالشُّفْعَةِ (جَمَاعَةً) اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ (اسْتَحَقُّوْهَا) أَي: الْأَخَذَ بِهَا (عَلَى قَدْرِ الْأَمْلاكِ) لَا عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ مَرَافِقِ الْمَلِكِ فَتَقْدَرُ بِقَدْرِهِ؛ كَكَسْبِ الْمُشْتَرِكِ، وَنَتَاجِهِ، وَثَمَارِهِ، فَلَوْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لَوَاحِدٍ نَصْفُهَا وَآخَرُ ثُلُثُهَا وَآخَرُ سُدُسُهَا، فَبَاعَ الْأَوَّلُ حَصَّتَهُ أَخَذَ الثَّانِي سَهْمَيْنِ وَالثَّلَاثُ سَهْمًا، وَهَذَا مَا رَجَّحَهُ الشَّيْخَانِ كَالْأَصْحَابِ، وَإِنْ نُوزِعَ فِيهِ.



(فَصْلٌ) فِي الْقِرَاضِ

وَهُوَ عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ دَفْعَ مَالٍ الْآخِرِ لِيَتَجَرَّ فِيهِ وَالرَّيْبُ^(١) بَيْنَهُمَا.

(وَلِلْقِرَاضِ أَرْبَعَةُ شَرَائِطَ):

أَحَدُهَا: (أَنْ يَكُونَ) واقِعًا (عَلَى نَاصٍ) بِتَشْدِيدِ الضَّادِ (مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) المضروبةِ الخالصةِ، وتقدَّم في الشُّرْكَةِ أَنَّ النَّاصِ هُوَ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ، فَمَا بَعْدَهُ بَيَانٌ لَهُ كَمَا تَقَدَّمَ هُنَاكَ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا كَالْعُرُوضِ وَالمَنَافِعِ وَالفُلُوسِ وَالتَّبَرِّ وَالسَّبَائِكِ وَالحُلِيِّ وَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ المَغْشُوشَةِ، وَإِنْ اسْتَمَرَّ فِي الْبَلَدِ رَوَاجُهَا، نَعَمْ إِنْ كَانَ غَشَّهَا مُسْتَهْلَكًا جَازَ الْقِرَاضُ عَلَيْهَا كَمَا قَالَهُ الْجُرْجَانِيُّ.

وَسَمِلْتُ عِبَارَتَهُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ فِي نَاحِيَةٍ لَا يُتَعَامَلُ بِهَا فِيهَا، وَنَقَلَ الْغَزَالِيُّ الْإِتِّفَاقَ عَلَيْهِ، وَيُؤَافِقُهُ قَوْلُ ابْنِ الرَّفْعَةِ: وَالْأَشْبَهُ جَوَازُهُ عَلَى نَقْدِ أَبْطَلِهِ السُّلْطَانُ. وَإِنْ نَظَرَ فِيهِ الْأَذْرَعِيُّ إِذَا عَزَّ وَجُودُهُ، أَوْ خِيفَ عَزَّتُهُ عِنْدَ الْمُفَاصِلَةِ^(٢)، لَكِنْ نَقَلَ الْإِمَامُ عَنْ شَيْخِهِ إلْحَاقَهَا بِمَا يَرُوجُ مِنَ الْفُلُوسِ^(٣).

(وَالثَّانِي: (أَنْ يَأْذَنَ رَبُّ الْمَالِ) أَوْ وَكِيْلُهُ، أَوْ وَلِيُّهُ (لِلْعَامِلِ فِي التَّصَرُّفِ) إِذْنًا مُطْلَقًا) عَنِ التَّقْيِيدِ بِنَوْعٍ أَوْ حَالَةٍ كَوْنِ التَّصَرُّفِ مُطْلَقًا عَنْ ذَلِكَ، (أَوْ) مَقْيَّدًا، لَكِنْ (فِيمَا) أَي: فِي نَوْعٍ (لَا يَنْقَطِعُ وَجُودُهُ) وَقَدْ عَقِدَ فِي مَوْضِعِ التَّصَرُّفِ (عَالِيًا) مُتَعَلِّقٌ بِالْمَنْفَعِيِّ أَي: يَنْقَطِعُ وَإِنْ نَدَرَ فِي غَيْرِ وَقْتِ الْعَقْدِ وَمَوْضِعِ التَّصَرُّفِ، وَذَلِكَ كَالْبَيْرِ^(٤) وَالثِّيَابِ وَالحَيَوَانِ، بِخِلَافِ الْخَيْلِ الْبُلْقِ وَالْحَزِّ الْأَدْكَنِ، وَهُوَ

(٢) فِي (ج): «الْمَعَامِلَةُ».

(٤) فِي (هـ): «وَالرَّ».

(١) فِي (هـ): «وَالرَّحْمَ مَشْرُوكٌ».

(٣) بِظَرْ «أَسَى الْمَطَالِ» (٢/ ٣٨٠).

ما أَخَذَ شَبَهَا مِنَ السَّوَادِ وَالْحُمْرَةِ، وَالْبَاقُوَاتِ الْأَحْمَرِ، وَالْعَبِيدِ الْخُصْيَانِ، وَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ، وَلَوْ عَيَّنَ الرُّطْبَ حَالَ وجودِهِ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ صَحَّ.

وَهَلْ يَرْتَفِعُ الْقِرَاضُ بِانْقِضَاءِ زَمَنِهِ أَوْ يَسْتَمِرُّ حَتَّى يَجِيءَ أَوَانُهُ مِنَ السَّنَةِ الْأُخْرَى؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أُذِنَ فِيمَا يُعْمُ وجودُهُ فَانْقَطَعَ لِعَارِضٍ لَمْ يَنْفَسَخْ قِطْعًا، وَإِذَا أُذِنَ لَهُ مُطْلَقًا تَقَيَّدَ بِالْعُرْفِ، أَوْ عَيَّنَ لَهُ نَوْعًا لَمْ يَتَجَاوِزْهُ.

وَإِذَا عَيَّنَ الْبَرَّ تَنَاوَلَ كُلَّ مَا يُلْبَسُ مِنَ الْمَنَسُوجِ مِنْ كَتَّانٍ أَوْ قُطْنٍ أَوْ إِبْرِسَمٍ أَوْ صُوفٍ دُونَ الْفُرَشِ وَالْأَكْسِيَةِ وَالْبُسْطِ، وَفِي الثَّيَابِ الْمَخِيطَةِ وَجْهَانِ.

أَوِ الطَّعَامَ تَنَاوَلَ الْحِنْطَةُ دُونَ الدَّقِيقِ أَوِ الْفَاكِهِةِ، قَالَ فِي «الاستقصاء»: الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الرُّطْبُ وَالْعِنَبُ وَالْبَطِيخُ وَالرُّمَّانُ وَالسَّفَرَجُلُ وَسَائِرُ الْفَوَاكِهِ، دُونَ الْبَقُولِ وَالْقَنَاءِ وَالْخِيَارِ، وَلَوْ شَرَطَ إِلَّا بِتَصَرُّفٍ إِلَّا فِي سَوِيٍّ مَعَيَّنٍ، أَوْ فِي الْبَرِّ دُونَ الْبَحْرِ، أَوْ بِالْعَكْسِ صَحَّ، أَوْ أَنَّهُ لَا يَتَصَرَّفُ^(١) إِلَّا فِي حَانُوتٍ مَعَيَّنٍ، أَوْ إِلَّا مَعَ زَيْدٍ، أَوْ إِلَّا تَشْتَرِي إِلَّا هَذِهِ السَّلْعَةَ لَمْ يَصَحَّ.

(و) الثَّلَاثُ: (أَنْ يَشْتَرِطَ^(٢)) رَبُّ الْمَالِ أَوْ نَائِبُهُ (لَهُ) أَيُّ: لِلْعَامِلِ فِي الْعَقْدِ (جُزْءًا) مَعَيَّنًا (مَعْلُومًا) بِالْجُزْئِيَّةِ كَالنَّصْفِ وَالرُّبْعِ (مِنَ الرِّبْحِ) أَيُّ: رِبْحٍ جَمْلَةٍ الْمَالِ؛ كَ «قَارَضْتُكَ وَالرِّبْحَ بَيْنَنَا» فَيَتَنَاصَفَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ «مَنَاصِفَةً»، بِخِلَافِ «قَارَضْتُكَ عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَنَا أَثْلَاثًا أَوْ أَرْبَاعًا»، فَلَا يَصِحُّ مَا لَمْ يُبَيِّنْ، فَإِنْ قَالَ: «قَارَضْتُكَ بِالنَّصْفِ» صَحَّ.

قَالَ فِي «الأنوار»^(٣): وَالْمَشْرُوطُ لِلْعَامِلِ، فَلَوْ قَالَ الْمَالِكُ: «مَا شَرِطْتُ فَهُوَ نَصِيبِي»، وَقَالَ الْعَامِلُ: «بَلْ نَصِيبِي»، صُدِّقَ أَيُّ: الْعَامِلُ بِبَيْعِهِ. انْتَهَى.

(٢) فِي (هـ): «يَشْرِطُ».

(١) فِي (ج): «يُجْزِئُ».

(٣) «الأنوار» لِلْأَرْدَبِيلِيِّ (٢/ ١٠١).

فلو شرط جميع الربح لنفسه كأن شرط في مقارضة شريكه في مال بينهما نصفين استواءهما في الربح، أو شرط جميعه للعامل، أو سكّت عن الربح، أو شرط جزءاً مبهماً نحو: على أنك إن ربحت ألفاً فلك نصف الربح، أو ألفين فربعه، أو إن أتجرت في البئر فلك نصفه، أو في الخيل فربعه، أو معلوماً بغير الجزئية كدرهم أو دينار، وكنصف الربح إلا ديناراً، وكدرهم لي والباقي بيننا بالسوية، أو بالجزئية وغيرها؛ كنصف الربح ودينار، أو شرط له ربح صنف معين، أو ربح أحد الطرفين، أو جزءاً معلوماً منه، لم يصح القراض.

وأفهمت عبارته أنه لا يضّر سكوت رب المال عن نصيب نفسه من الربح وهو الصحيح؛ لأنه ما لم ينسبه للعامل فهو له بحكم الأصل، بخلاف ما لو شرط لنفسه جزءاً مجهولاً أو معلوماً بغير الجزئية أو بالجزئية وغيرها.

ولو قال: «خُذ المال وتصرف فيه والربح كله لك» فقرض صحيح، أو «كله لي» أو «أبضعتك» وسكّت عن الربح، فهو إبطاع أي: توكيل بلا جعل، أو «أبضعتك ولك نصف الربح أو كله» فقرض فاسد، وإن قال: «خُذه وتصرف فيه بالبيع والشراء» وسكّت عن الربح، فهل هو إبطاع فلا شيء للعامل، أو قراض فاسد فله أجره المثل؟ وجهان أقربهما الأول فيما يظهر.

(و) الرابع: (الآ يقدّر) أي: القراض أو التصرف (بمُدّة) كسنة؛ لإخلال التقدير بمقصود القراض، فقد لا يجد راغباً في تلك المدّة.

قال في «الروضة»^(١) كأصلها^(٢): «فلو وقّت فقال: «قارضتك سنة»، فإن منعه من التصرف بعدها مطلقاً أو من البيع فسد؛ لأنه مخل بالمقصود، وإن قال:

(٢) «الشرح الكبير» (١٤/٦).

(١) «روضة الطالبين» (٥/١٢٢).

«على ألا تشتري بعد السنة ولك البيع» صحَّ على الأصح؛ لأنَّ المالك يتمكَّن من منعه من الشراء متى شاء بخلاف البيع، ولو اقتصر على قوله: «قارضتك سنة» فسَدَ على الأصح، ولو قال: «قارضتك سنة على ألا أملك الفسخ قبل انقضائها» فسَدَ. انتهى.

وفيه تصريح بجواز التقدير حيث لم يقتصر عليه ولم يتضمن المنع من البيع بعد المدة خلاف ما أفادته عبارة المصنّف.

وقوله: «بمدة» احتراز عن التقدير بمشيئة أحدهما كـ «قارضتك ما شئت»، أو «ما شئت»، فإنّه يجوز كما صرّح به الماوردي^(١)؛ قال: لأنَّ ذلك شأن العقود الجائزة، ومن الشرائط أيضًا عدم تعليق القراض أو التصرف، فلو قال: «إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك» أو قال: «قارضتك الآن ولا تتصرف حتى ينقضي الشهر» لم يصح.

والعلم بقدر الدراهم والدنانير، وكذا بصفتها كما في «المهذب»^(٢) وتبعه ابن الرُّفعة، فلو كانت مجهولة لم يصح، وتعيينها، فلو قارضه على أحد ألفين أو على دين في ذمته أو ذمة العامل أو غيرهما لم يصح، بخلاف ما لو قارضه على دراهم عند غيره ودیعة أو مغصوبة أو غيرهما، لتعيينها^(٣) في يده.

نعم لو قارضه على دراهم أو دنانير غير معيّنة ثمَّ عيّنها في المجلس جاز، كما رجّحه في «الشرح الصغير» ونقله في «الروضة»^(٤) كأصلها^(٥) عن قطع القاضي والإمام، ومثله يجري في مجهول القدر كما قال شيخ مشايخنا^(٦) وغيره، وكذا

(١) «الحاوي الكبير» (٣١٢/٧).

(٢) «المجموع شرح المهذب» (٣٧١/١٤).

(٣) في (ج): «لتعيينه».

(٤) «روضة الطالبين» (١١٧/٥).

(٥) «الشرح الكبير» (٨/٦).

(٦) «أسنى المطالب» (٣٨١/٢).

المُبْهَمُ كَأَحَدِ الْأَلْفَيْنِ، فَيَصِحُّ إِذَا عَيَّنَّ فِي الْمَجْلِسِ، وَبِهِ صَرَّحَ ابْنُ الْمُقَرِّي، وَإِنْ اسْتَظْهَرَ شَيْخٌ مَشَايخُنَا عَدَمَ الصَّحَّةِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ عَلِمَ فِي الْمَجْلِسِ الْجِنْسَ وَالْقَدَرَ وَالصَّفَةَ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَلَى الْأَشْيَاءِ فِي «الْمَطْلَبِ».

وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ دَرَاهِمُ مُشْرَكَةً، فَقَالَ لَهُ: «قَارَضْتُكَ عَلَى نَصِيبِي مِنْهَا» صَحٌّ؛ لِأَنَّ الْإِشَاعَةَ لَا تَمْنَعُ التَّصَرُّفَ، قَالَهُ الْمُتَوَلَّى^(١).

وَلَا يَجُوزُ عَلَى غَيْرِ الْمَرْتَبِيِّ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَزْدِيُّ^(٢)، لَكِنْ قَالَ السُّبْكِيُّ: الْأَقْرَبُ الْجَوَازُ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ، وَاخْتِصَاصُ الْعَامِلِ وَالْمَالِكِ بِالرَّيْحِ وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، فَلَوْ شَرْطًا جَمِيعَهُ لِأَحَدِهِمَا لَمْ يَصِحَّ كَمَا أَشْعَرَتْ بِهِ عِبَارَتُهُ فِي الشَّرْطِ الثَّلَاثِ، وَكَذَا لَوْ شَرْطًا بَعْضُهُ لثَلَاثٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا أَحَدَهُمَا.

وَلَوْ قَالَ: «نَصَفْتُ نَصِيبِي لَزَوْجَتِي مِثْلًا» صَحٌّ، وَهُوَ وَغْدُ هَبِيَّةٍ، وَلَوْ قَالَ لِلْعَامِلِ: «لَكَ كَذَا عَلَى أَنْ تَعْطِيَ ابْنَكَ»^(٣) أَوْ أَمْرًا تَكُ نَصْفَهُ، فَقَالَ الْقَاضِي أَبُو حَامِدٍ: إِنْ ذَكَرَهُ شَرْطًا فَسَدَ الْقِرَاضُ، وَإِلَّا فَلَا.

قَالَ شَيْخٌ مَشَايخُنَا: وَظَاهِرٌ أَنَّ هَذَا شَرْطٌ، فَالْأَوْجَهُ أَنْ يُقَالَ: فَسَدَ الْقِرَاضُ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَ الشَّرْطِ^(٤).

(وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْعَامِلِ) فِي مَالِ الْقِرَاضِ بِتَلَفِهِ أَوْ غَيْرِهِ كَالْوَدِيعِ بِجَامِعِ أَنَّهُ أَمِينٌ، فَيُصَدَّقُ بِبَيِّنَةٍ فِي تَلَفِ الْمَالِ وَرَدِّهِ عَلَى الْمَالِكِ، فَإِنْ ذَكَرَ سَبَبًا لِلتَّلَفِ فَفِيهِ تَفْصِيلُ الْوَدِيعِ الْآتِي فِي مَحَلِّهِ، وَفِي جَنْبِهِ وَصْفَتِهِ وَفِي قَدَرِهِ، وَإِنْ قَبَضَهُ جُزْأً كَمَا فِي «الْأَنْوَارِ»^(٥)، وَفِي أَنَّهُ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى، وَفِي أَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَنْهَهُ عَنْ شَرَاءٍ كَذَا بَأَنْ

(١) يَنْظُرُ: «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٥/١١٩).

(٢) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (٧/٣١٤).

(٣) ي (هـ): «ابْنُكَ».

(٤) «أَسْنَى الْمَطْلَبِ» (٢/٣٨٣).

(٥) «الْأَنْوَارُ» (٣/١١١).

وافقه على الإذن فيه ثم ادعى النّهي عنه، أمّا لو قال: «ما أذنت لك في شرائه»، فالقول قوله، وفي الشراء لنفسه وإن كان رابحاً أو للقراض وإن كان خاسراً، وفي أنّه لم يربح أصلاً أو لم يربح إلاّ كذا، فإن أقرّ بالربح ثم ادعى غلطاً أو كذباً لم يقبل.

نعم له تحليف المالك أنّه لا يعلم غلطه إن تذكّر شبهة، وإلا فوجهان أشبههما بل أصحهما كما قال الأذرعى^(١): تحليفه، وبه جزم ابن سريج وابن خيران، أو ثم ادعى أنّه خسر وأمكن كأن عرّض كساداً، أو أنّه ردّ ما اشتراه بغير واستردّ الثمن وتلف بيده، صدّق بيمينه وهو على أمانته.

(إلا بعدوان) منه؛ كأن قصر في حفظه، أو استعمله لغير جهة القراض، أو سافر به بلا إذن في السفر أو في البحر بلا نص عليه، أو خلط مال مقارضه بمال نفسه، أو بمال مقارضي له آخر، أو بمال آخر لذلك المقارضي، وقد قارضه عليهما في عقدين، أو أخذ للقراض ما يعجز عنه، أو قصر ثوب القراض أو صبّغه بلا إذن كما قال الإمام.

ولو مات العامل لم تسمع الدعوى على ورثته، إلاّ إن ادعى تفريط مورثهم، أو أن المال بأيديهم، فيحلفون على نفى العلم في الأولى، وعلى البت في الثانية. ولو مات ولم يوجد في تركته ما يصلح أن يكون مال قراض، ففي «فتاوي» ابن الصلاح أنّه لا يضمن، وعنّها أيضاً أنّه إذا مات ولم يوجد مال القراض في تركته أنّه يضمن، وقال السبكي: إن وجد في تركته ما يمكن أن يكون اشتراه بمال القراض للتجارة حمّل عليه، ويوفى منه مقدّماً على الديون، وإن لم يوجد ذلك لم يضمن، ويحمّل على أن مال القراض تلف. انتهى.

ويؤيده قول^(١) الجوري: لا يضمن عامل القراض إلا أن يثبت أنه فرط، وإن مات وفي يده أعيان تصلح أن تكون لمال القراض فأفتى ابن الصلاح^(٢) بأنه يحكم بقاء مال القراض إذا لم تقم بيته بخلاف ذلك لأصل بقاء ماله، وشأن مال القراض التقلب فيه، فلا يحكم بعدمه لعدم العين المعقود عليها.

ثم ينبغي أن يوفى من الأعيان رأس المال نقداً من غير زيادة؛ لأننا نشك فيما زاد والحالة هذه، وذكر أنه لو ثبت عليه دراهم بعضها قراضاً وبعضها في ذمته ومات ووُجد في تركته مال ولم يثبت أنه عين مال القراض، فإن ثبت أنه كان في يده رأس مال لنفسه يجوز أن تكون التركة منه، ويجوز أن تكون من مال القراض لكونه من جنس ما أذن له في التجارة فيه ولا بيته قسمت التركة بينهما على قدر المالين، وإن لم يثبت اشتمال يده على غير رأس مال القراض تعينت التركة لجهة المضاربة.

(وَإِذَا حَصَلَ) في المال (ربح وخسران) قبله أو بعده برخص، أو تعيب مطلقاً أو تلف بعضه بعد التصرف فيه ولو بالشراء به فقط بأقبة سماوية أو جنائية أجنبي كخنو غصب وسرقة تعذر أخذ بدلها.

(جبر الخسران بالربح) لأنه وقاية لرأس المال، ولأنه تصرف في رأس المال، فلا يأخذ شيئاً من الربح حتى يرد إلى المالك مثل ما تصرف فيه، بخلاف ما إذا تلف بعضه بما ذكر قبل التصرف فيه، فلا يجبر به، بل يحسب من رأس المال؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل، وما إذا أخذ بدل الجنائية المذكورة، فإنه يستمر القراض فيه، ولكل منهما المخاصمة إن كان في المال ربح، وإلا فللمالك

(١) في (ح) «كلام»

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» (١/ ٣٢٤).

فَقَطْ، وما لو كان التَّالِفُ جميعَ المالِ، فإنَّ القِرَاضَ يَرْتَفِعُ سواءَ أَكَانَ التَّلَفُ
بَاقِيَةً سَمَاقِيَةً أَوْ غَيْرَهَا، لَكِنْ إِنْ كَانَ بِإِتْلَافِ المَالِكِ اسْتَقَرَّ نَصِيبُ العَامِلِ مِنَ
الرَّابِحِ، أَوْ بِإِتْلَافِ أَجْنَبِيٍّ وَأَخَذَ البَدَلَ بَقِيَ القِرَاضُ فِيهِ كَمَا قَالَ الشَّيْخَانِ تَبَعًا
لِلإِمَامِ.

قال في «الخادم»: وحكاية القاضي الحسين عن القفال في (١) الأولى، وقيدته
بما إذا كان الإِتْلَافُ بَعْدَ التَّصَرُّفِ، أمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَهُ فَإِنَّهُ يَنْفَسِخُ القِرَاضُ؛ لِأَنَّهُ
لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ العَامِلِ بَعْدُ. انْتَهَى.

أَوْ بِإِتْلَافِ العَامِلِ فَنَقَلَ الشَّيْخَانِ (٢) عَنِ الإِمَامِ أَنَّهُ يَرْتَفِعُ القِرَاضُ، ثُمَّ بَحَثْنَا
مَا حَاصِلُهُ أَنَّهُ كِإِتْلَافِ الأَجْنَبِيِّ، وَبِهِ صَرَّحَ الْمُتَوَلَّى، وَقِيَاسُ إلْحَاقِهِ بِهِ أَنَّهُ
يَتَقَيَّدُ ذَلِكَ بِمَا بَعْدَ التَّصَرُّفِ كَالأَجْنَبِيِّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَأَنَّهُ فِي إِتْلَافِ البَعْضِ
كَالأَجْنَبِيِّ، فَيُفْصَلُ فِيهِ بَيْنَ مَا بَعْدَ التَّصَرُّفِ وَمَا قَبْلَهُ، وَأَنَّ ظَاهِرَ ارْتِفَاعِهِ بِإِتْلَافِ
المَالِكِ لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ مَا بَعْدَ التَّصَرُّفِ وَمَا قَبْلَهُ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ بِفَعْلِهِ
حُسِبَ مِنْ رَأْسِ المَالِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ وَمَا بَعْدَهُ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ.



(١) في (هـ): «في المدرسة».

(٢) «الشرح الكبير» (٣٨/٦)، و«روضة الطالبين» (١٣٩/٥).

(فَصْلٌ) فِي الْمُسَاقَاةِ

وهي أن يُعاملَ غيره على شجرٍ ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما.
(وَالْمُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ) بالإجماع، وإنما يجوز استقلالاً (عَلَى النَّخْلِ) حتى
على فحولها كما قاله الأذَرَعِيُّ^(١)، وبه صرح صاحب «الخصال»، وإن اعترض
عليه بأنها ليست في معنى الإناث المنصوص عليها (وَالكَرْمُ) دون غيرهما من
سائر البقول والزروع والأشجار المثمرة كالخوخ والخلاف ومنها الثقل كما
صححه في «الروضة»^(٢)، وإن رده الإسوي.

أما جوازها على النخل؛ فلخبر الصحيحين^(٣) أنه ﷺ عامل أهل خيبر، وفي
رواية: دفع إلى يهود خيبر نخلاً وأرضها بشطير ما يخرج منها من ثمر أو زرع.
وأما في الكرم؛ فلائنه في معنى النخل بجامع وجوب الزكاة، وتأتي الخرص
من^(٤) ثمرتيهما فجوزت المساقاة فيهما وفقاً بالمالك والعامل والمساكين.

وأما امتناعها في غيرهما فلائنه لم يرد، ولا هو في معنى ما ورد؛ لعدم وجوب
الزكاة، وعدم تأتي الخرص في ثمرته، ومحل المنع إذا أقرت بالمساقاة، فإن ساقا
عليه تبعاً لنخل أو عنب فالأصح في «الروضة»^(٥) الصحة كالمزارعة بالشروط الآتية
فيها، وظاهر كلام المصنف صحة المساقاة على شجر مُثمر، وهو كذلك إذا كان
قبل بدو الصلاح، ولا بد من كون الشجر مغروساً مرثياً معيناً، فلا تصح على ودي^(٦)

(١) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٩٢). (٢) «روضة الطالبيين» (٥/ ١٥٠).

(٣) «صحيح البخاري» (٢٣٢٨)، و«صحيح مسلم» (١٥٥١).

(٤) في (هـ) «في». (٥) «روضة الطالبيين» (٥/ ١٧٢).

(٦) كتب في هامش (ح). «بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد التحتانية وهو صغار الحل. محلي».

ليغرسه ويتعهده، والثمره بينهما، ولا على غير مرثي ولا على مبهم كأحد البساتين.

قال شيخ مشايخنا^(١): وظاهر أنه لا يأتي هنا ما مر في القراض من الاكتفاء بالرؤية وبالتعيين في مجلس العقد؛ لأن ذلك عقد جائز وربحه من تصرف العامل، وهذا لازم وربحه من عين الأصل فاحتيط له. انتهى.

ولو عبر المصنف بالعنب بدل الكرم سليم من النهي في مسلم^(٢) عن تسمية العنب كرمًا، وأن الكرم الرجل المسلم، أو قلب المؤمن، وكأنه ارتكب ذلك ليفيد أن النهي ليس للتحريم.

(ولها شرطان):

(أحدهما: أن يُقدَّرَها) العاقد أي: العمل فيها (بمُدَّةٍ معلومة) يبقى الشجر فيها ويثمر فيها غالبًا عند أهل الخبرة، فلو أبدها أو أطلقها أو قدرها بمُدَّةٍ لا يبقى فيها الشجر غالبًا عند أهل الخبرة، أو بمُدَّةٍ مجهولة كإدراك الثمرة، أو لا يُثمر فيها الشجر غالبًا بطلت، وله أجره المثل في الرابعة، وكذا في الثلاثة قبلها كما هو ظاهر، لا في الخامسة إن علم أو ظنَّ أنه لا يُثمر في ذلك الزمن، كما لو قدَّرت بمُدَّةٍ يُثمر فيها الشجر غالبًا فلم يُثمر، أو أثمر بعدها.

وإن استوى الاحتمالان^(٣) أو جهل الحال فله أجره المثل وإن لم يُثمر؛ لأنه عمل طامعًا، ولو ساقاه عشر سنين مثلاً والثمره لا تتوقع إلا في العاشرة صححت، والأعوام بمنزلة الأشهر من العام الواحد، فإن وجدت قبل العاشر أو بعدها فلا شيء له في الثمرة؛ إذ لم يطمع في شيء منها، ولا أجره له أيضًا، ولو فرغت

(١) «أسى المطالب» (٢/ ٣٩٤).

(٢) «صحيح مسلم» (٢٢٤٧).

(٣) في (ج): «الاحتمالات».

المُدَّةُ الْمُعَيَّنَةُ عَلَى النَّخْلِ طَلْعٌ أَوْ بَلَحٌ، فَلِلْعَامِلِ حَصَّتُهُ مِنْهُ.

قال الشَّيْخَانِ^(١): وَعَلَى الْمَالِكِ تَعَهُدُهُ إِلَى الْجُذَائِ، قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٢): وَلَمْ يَنْقُلْهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ إِلَّا عَنِ الشَّافِعِيِّ، وَفِي «الانتصار» و«المرشد»: أَنَّ التَّعَهُدَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا، وَلَا أَجْرَةَ عَلَى الْعَامِلِ فِي تَبْقِيَةِ حَصَّتِهِ إِلَى الْإِدْرَاكِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهَا ثَمَرَةً مَدْرَكَةً بِحَكْمِ الْعَقْدِ.

وَلَوْ أَدْرَكَ الثَّمَرُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ لَزِمَ الْعَامِلُ أَنْ يَعْمَلَ بِقِيَّتِهَا بِلَا أَجْرَةٍ، وَلَوْ وُجِدَتِ الثَّمَرَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ عَمَلِ الْعَامِلِ سِوَاءُ أَكَانَ قَبْلَ قَبْضِهِ الشَّجَرَةَ أَمْ بَعْدَهُ اسْتَحَقَّ حَصَّتَهُ مِنَ الثَّمَرَةِ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ مِثْلُ مَا اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ مِنَ الْعَمَلِ. هَذَا حَاصِلُ مَا فِي «الْجَوَاهِرِ» هُنَا عَنِ الْمَاوَزِدِيِّ.

ثُمَّ أَعَادَ^(٣) الْمَسْأَلَةَ وَحَكَّى عَنْهُ مَا يُوَافِقُ هَذَا، إِلَّا أَنَّهُ فَرَعَ اسْتِحْقَاقَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى قَوْلِنَا أَنَّ الْعَامِلَ شَرِيكٌ؛ أَيْ: وَهُوَ الْأَصَحُّ لِحُدُوثِ الثَّمَرَةِ عَلَى مِلْكِيهِمَا، وَاسْتِبْعَادَهُ بِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ أَحَدٌ أَنَّهُ شَرِيكٌ فِي الشَّجَرِ حَتَّى يَكُونَ حَدُوثُهَا عَلَى مِلْكِيهِمَا، وَإِنَّمَا هُوَ شَرِيكٌ فِي الثَّمَرَةِ، وَاقْتَصَرَ غَيْرُهُ فِي النُّقْلِ عَنْهُ عَلَى هَذَا الثَّانِي.

وَقَالَ الْإِمَامُ: إِنْ وَقَعَ الْاسْتِغْنَاءُ عَنْ جَمِيعِ الْأَعْمَالِ أَوْ مَعْظَمِهَا لَمْ يَسْتَحِقَّ، أَوْ عَنْ بَعْضِهَا كَالسَّقِيِّ فِي السَّنَةِ الْمَطِيرَةِ فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَغْنَى عَنْهُ مَعْظَمُ الْمَالِ أَوْ مَا لَا يُسَامَحُ بِمِثْلِهِ اسْتَحَقَّ مِنَ الثَّمَرَةِ بِالحَسَابِ، وَيُخَالِفُ مَا قَالَهُ الْمَاوَزِدِيُّ مَا فِي «فَتَاوِي» الْقَاضِي إِذَا شَرَطَ الْمَالِكُ عَلَى الْعَامِلِ أَعْمَالًا تَلْزِمُهُ أَيْ: تَلْزِمُ الْعَامِلَ فَائْتَمَرَتِ الْأَشْجَارُ وَالْعَامِلُ لَمْ يَعْمَلْ بَعْضَ تِلْكَ الْأَعْمَالِ، اسْتَحَقَّ مِنَ الثَّمَرَةِ بِقَدْرِ مَا عَمِلَ، فَإِنْ عَمِلَ نِصْفَ مَا لَزِمَهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ مَا شَرَطَ لَهُ^(٤). انْتَهَى.

(١) «الشرح الكبير» (٦/٦٦)، و«روضة الطالبين» (٥/١٥٦).

(٢) «قوت المحتاج» (٣/٣٩٤). (٣) فِي (ح) «عَاد».

(٤) يَطْرُقُ «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/٤٠١).

وما ذكره الشيخان^(١) وغيرهما من أنه لو وقعت المساقاة على عينه وعامل غيره انفسخت بتركه العمل، وكانت الثمار كلها للمالك ولا شيء للعامل الأول وللثاني حكم من عمل في مغبوب إلا أن يفرق بين الشرط وغيره، وأن الشرط يقوِّي تعلق الاستحقاق بالعمل ويوقفه عليه، وبين مجرد ترك العمل وتركه مع معاقدة الغير، ولا يرد أن مقتضى الشركة عدم الفرق؛ إذ لا شركة حقيقة قبل وجود الثمرة، فليتامل.

ولو كان النخيل المعقود عليها مما يثمر في العام مرتين فأطاعت الثمرة الأولى قبل انقضاء المدة والثانية بعدها قال الأذريعي^(٢): فهل نقول يفوز بها المالك أو يكون العامل شريكاً له فيها؛ لأنها ثمرة عام واحد؟ لم أر فيه شيئاً، وقد سبق له نظائر في بيع الثمرة وغيره وفي الزكاة. انتهى.

(والثاني: أن يعين) العاقد (للعامل جزءاً معلوماً) بالجزئية كالنصف والثلث (في الثمرة) وإن فاوت المشروط في السنين، أو لم يبين حصّة كل سنة؛ كـ «ساقيتك على أن لك النصف وتستحقه في كل سنة»، فإن لم يعين له شيئاً، أو عين له جزءاً مجهولاً أو معلوماً بغير الجزئية؛ كصاع، أو من غير الثمرة كمئة درهم لم تصح المساقاة، وكذا لو عين له ثمرة سنة معينة من المدة والأشجار بحيث يثمر كل سنة.

قال الرافعي^(٣): لأنها ربما لا تثمر تلك السنة فلا يكون للعامل شيء، أو لا تثمر إلا تلك السنة فلا يكون للمالك شيء، ويخالف ما لو ساقاه على وديّ عشر سنين والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة لتكون هي بينهما؛ لأنه شرط له جزءاً من جميع الثمرة. انتهى.

(١) «الشرح الكبير» (٧٨/٦)، و«روضة الطالين» (١٦٧/٥).

(٢) «الشرح الكبير» (٦٦/٦).

(٣) «فوت المحتاج» (٤٠٥/٣).

وَيُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّهُ لَوْ شَرَطَ لَهُ بَعْضُ ثَمَرَةٍ سَنَةً بَعَيْنِهَا لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا.

ولو ساقاه على نوعين بالنصف على أحدهما، وبالثُلث على الآخر جاز إن عُرِفَ قَدْرُ كُلِّ مِنْهُمَا، وإلا فلا؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْغَرَرِ، فَإِنَّ الْمَشْرُوطَ فِيهِ الْأَقْلُ قد يكون أكثر، بخلاف ما لو ساقاه عليهما بالنصف من كل منهما، فإنه يجوز وإن جُهِلَ قَدْرُهُمَا، والفرق كما نقله الرَّافِعِيُّ^(١) عن ابن الصَّبَّاحِ أَنَّ قَدْرَ حَقِّهِ فِي هَذِهِ مَعْلُومٌ بِالْجُزْئِيَّةِ، وَإِنَّمَا الْمَجْهُولُ النَّوْعُ وَالصِّفَةُ بِخِلَافِهِ فِي تِلْكَ فَإِنَّ الْقَدْرَ مَجْهُولٌ أَيْضًا لِاحْتِمَالِ اخْتِلَافِ ثَمَرَةِ النَّوعَيْنِ فِي الْقَدْرِ فَيَكُونُ قَدْرُ مَا لَهُ مِنْ ثَمَرَةِ الْكُلِّ مَجْهُولًا؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَى تَقْدِيرِ نَصْفِ الْأَكْثَرِ وَثُلْثِ الْأَقْلِ وَعَلَى تَقْدِيرِ بِالْعَكْسِ، وَالْأَوَّلُ أَكْثَرُ مِنَ الثَّانِي.

وَمِنَ الشَّرَائِطِ أَيْضًا اخْتِصَاصُهُمَا بِالثَّمَرَةِ وَانْفِرَادُ الْعَامِلِ بِالْعَمَلِ وَالْيَدِ فِي الْحَدِيقَةِ، فَلَوْ شَرَطًا لِثَالِثٍ بَعْضُ الثَّمَرَةِ، أَوْ لغيرِ الْعَامِلِ كعبيدِ الْمَالِكِ يَدًا أَوْ تَصَرُّفًا مَعَهُ بَطَلَتْ، نَعَمْ لَوْ شَرَطًا بَعْضُهَا لِعَبْدِ الْمَالِكِ أَوْ الْعَامِلِ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِمَالِكِ الْعَبْدِ، أَوْ شَرَطًا مُعَاوَنَةً عِبِيدِ الْمَالِكِ وَلَا يَدَ وَلَا تَصَرُّفَ لَمْ يَضُرَّ. وَفِي نَسَخَةٍ: وَلَهَا شَرَائِطُ أَنْ يُقَدَّرَ بِمَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ، وَأَنْ يَنْفَرِدَ الْعَامِلُ بِعَمَلِهِ، وَأَلَّا يَشْرِطَ مِشَارَكَةَ الْعَامِلِ فِي الْعَمَلِ، وَأَنْ يَشْرِطَ لِلْعَامِلِ جُزْءًا مَعْلُومًا مِنَ الثَّمَرَةِ. انْتَهَى.

(ثُمَّ الْعَمَلُ زِيَادًا عَلَى ضَرْبَيْنِ):

(١) (عَمَلٌ يَتَوَدَّ نَفْعُهُ) بِالذَّاتِ (إِلَى الثَّمَرَةِ) بِأَنْ يَتَعَلَّقَ بِثَمَرَتِهَا وَصِلَاحِهَا؛ كَالسَّقِي، وَإِصْلَاحِ مَجَارِي الْمَاءِ، وَالْحُفْرِ الَّتِي يَقِفُ فِيهَا حَوْلَ الشَّجَرِ، وَتَنْقِيَةِ الْأَنْهَارِ وَالْأَبَارِ مِنَ الطِّينِ وَنَحْوِهِ، وَالتَّلْقِيحِ، وَقَطْعِ مَا يَضُرُّ الشَّجَرَ كَقُضْبَانِ

وحشيش وجريد، وإدارة الدُولاب، وفتح رأس القنّاء وسدّها عند السقي على ما يقتضيه الحال، وحفظ الثمر عن السارق والطير وقطعه وتجفيفه.

(فَهُوَ عَلَى الْعَامِلِ) لاقتضاء العرف ذلك.

(٢) (وَعَمَلٍ يَمُودُ نَفْعُهُ) بالذات (إِلَى الْأَرْضِ) بما فيها من الأشجار بأن يتعلق بحفظ ذلك؛ كحفر البئر وما انهار منها، وبناء الجيطان، ونصب الأبواب والدُولاب، (فَهُوَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ)؛ للعرف، كما أن عليه الأعيان؛ كطلع التلقيح، وقصب التعريش، وظرف العناقيد والمنجل والمغول^(١) والمسحاة، فلو شرط على أحدهما ما على الآخر بطل العقد، نعم استثنى البندنجي ما إذا شرط السقي على المالك فيلزمه، ورواه عن النص؛ لأنه لو ساقاه على البعلي وهو ما يشرب بعروقه جاز. وقضية كلام الشيخين والأصحاب خلافه.

وإن عمل أحدهما ما على الآخر بغير إذنه لم يستحق شيئاً، أو بإذنه استحق الأجرة، واستشكله الإسنوي^(٢) بأن مجرد الأذن لا يقتضي الأجرة، فالمتجه تخريجه على ما إذا قال: «اغسل ثوبي»، والصحيح فيه عدم الوجوب.

وأجيب: بأن هذا تابع لعمل تجب فيه الأجرة، بخلاف قوله: «اغسل ثوبي».

ويتبع العرف في تعريش العنب، ووضع الشوك على رؤوس الجدار، وسد الثلم اليسيرة التي تنفق في الجدار، وقضية كلامه أنه لا يجب تفصيل هذه الأعمال ولا العلم بتفصيلها، وليس مراداً؛ فقد قال الشبخان في «الروضة»^(٣) و«أصلها»^(٤): إذا عقد بلفظ المساقاة فالصحيح أنه لا يحتاج إلى تفصيل الأعمال، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب، ثم قالوا: وهذا الخلاف إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه، فإن جهله أحدهما وجب التفصيل قطعاً. انتهى.

(٢) «المهمات» (٦/ ١٢٨).

(١) في (هـ): «والعمود».

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٦٨).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ١٥٨).

وظاهره أنَّ الحَمَلَ المذكورَ مختصٌّ بما إذا عقدَ بلفظِ المُساقاةِ، قال الزَّركَشِيُّ: وكلامُ الإمامِ يشيرُ إليه حيثُ قال: فإن قال: «خُذْ» فلا بدَّ من شرحِ الأعمالِ التي على العاملِ، وإن قال: «سَافَيْتُكَ» فلا حاجةَ إلى تفصيلِ الأعمالِ، وإن قال: «عَامَلْتُكَ» ففي التَّفصيلِ تردُّدٌ، وتابَعَه عليه الغَزَالِيُّ. انتهى. لكن صرَّحَ ابنُ يونسَ بأنَّه لا فرقَ بينَ لفظِ المُساقاةِ وغيره^(١).

فإن قلت: قضيةُ هذا الذي قاله الشَّيْخَانِ اعتبارُ العُرفِ في كلِّ الأعمالِ، وذلكُ يُنافي ما تقرَّرَ من أنَّ منها ما هو على العاملِ، ومنها ما هو على المالكِ، ومنها ما يتبعُ العُرفَ فيه.

قلت: لا نُسلمُ المُنافاةَ؛ لجَوَازِ أن يكونَ مبنَى جعلِ البعضِ على أحدهما أطراً العُرفِ بأنَّه عليه، ومبنى الحَوَالَةِ على أتباعِ العُرفِ اختلافُ العُرفِ فيه. ويملكُ العاملُ نصيبَه من الثَّمرةِ بظهورِها إن عُقدتِ المُساقاةُ قبلَه، وإلا فبالعقدِ، ولا شيءَ للعاملِ في الجَرِيدِ والكِرْنَفِ، وكذا اللَّيْفُ كما قاله الأذَرَعِيُّ، فإن شرطَ ذلكَ له فسَدَ العقدُ، أو لهما فوجهانِ، أو جهُّهما كما قاله شيخُ مشايخنا^(٢): الجَوَازُ.

ولقائل أن يقولَ: قضيةُ كونِها عندَ الإطلاقِ للمالكِ فسادُ العقدِ بشرطِها بينهما لمُخالفتهِ مُقتضى العقدِ، ويدلُّ عليه الفسادُ إذا شُرِطَتْ للمُشتري وحده والقنُوْ وَشَمَارِيخُهُ بينهما، وفي العُرجونِ وجهانِ أو جهُّهما كما قال شيخُ مشايخنا^(٣) أنَّه للمالكِ.



(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٠).

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٩٧).

(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٠).

(فصل) في الإجارة

وهي تملك منفعة بعوض بشروط.

(وَكُلُّ مَا) أي: شيء (أَمَكَّنَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ) شرعاً (مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) وتقوم منفعته والقدرة حساً وشرعاً على تسليمها؛ كدار للسكنى، ودابة كفيل للركوب أو حمل، أو دوس الزرع أو الطين، وتيس للمشى أمام الغنم، وثوب للبس، ومسلك للشتم، وهرة لدفع الفأر، وفهد أو شبكة للصيد، وشجرة للاستظلal والرطب بها، وحبل لنشر الثياب عليه، وكبن لسد كوى، وحش لقضاء حاجة، وطائر للأنس بصوته أو لونه، أو بستان للنظر إليه كما نقله الروائي عن الأصحاب خلافاً للقاضي أبي الطيب، وحر لخدمة أو غيرها، وكتب مباحة ككتب شعر لا فحش فيها لقراءتها والمطالعة فيها.

(صَحَّتْ إِجَارَتُهُ) بشرط كون المقصود منه استيفاء منفعته ووقوعها للمستأجر أو نائبه، بخلاف ما لا يمكن الانتفاع به شرعاً؛ كحمار زمن، وآلات الملاهي، وما يمكن الانتفاع به مع إذهاب^(١) عينه؛ كالأطعمة لأكلها، والشموع لإيقادها، وما لا قيمة لمنفعته كالدرهم والدنانير والأطعمة لتزيين الحوانيت، وكبياع للكلمة لا تتعب وإن روجت السلعة، فإن تعب فيها بتردد أو كلام فله أجره المثل، وكطبيب للكلمة تنبأ على دواء انفرد بمعرفته، كما لو عرف شيئاً لقطع البواسير؛ إذ لا مشقة عليه في التلفظ به، فهو كحبة سمس لا قيمة لها، وعلمه بذلك لا ينتقل إلى غيره، فليس فيه ما يقابل بعوض، بخلاف ما لو

(١) (ح): «ذهب».

عَرَفَ الصَّيْقُلُ الماهرُ إزالةَ اعوجاجِ السَّيْفِ أو المِرْآةِ بضربةٍ واحدةٍ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا عَوْضًا وَإِنْ كَثُرَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الصَّنَاعَاتِ تَتَعَبُ فِي تَعْلِيمِهَا لِيَكْتَسِبَ بِهَا، وَيُخَفِّفَ عَنْ نَفْسِهِ كَثْرَةَ التَّعَبِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْغَزَالِيُّ فِي «الْإِحْيَاءِ»^(١)، وَأَفْتَى الْبَغَوِيُّ بِعَدَمِ صَحَّةِ الاسْتِجَارِ لِدَلَالَتِهِ.

قال الأذَرَعِيُّ: والمُخْتَارُ ما قاله الْغَزَالِيُّ^(٢).

وما لَا قُدْرَةَ عَلَى تَسْلِيمِهِ؛ كَأَبِي، وَمَغْصُوبٍ لغيرِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى انْتِزَاعِهِ عَقِبَ الْعَقْدِ، وَكَأَعْمَى لِلْجَرَّاسَةِ بِالْبَصْرِ، وَحَاضِي لخدمَةِ مَسْجِدٍ، وَأَجْنَبِيَّةٍ لخدمَةِ أَجْنَبِيٍّ، وَبِالعَكْسِ كَمَا فِي «الجواهرِ» هُنَا، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّ هَذِهِ فِي الْحُرَّةِ، وَأَنَّ فِي الْأُمَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ لِلخدمَةِ خِلَافًا.

وَجَاهِلٍ لِلتَّعْلِيمِ وَإِنْ اتَّسَعَتِ الْمُدَّةُ لتعليمِهِ، ثُمَّ تَعَلَّمَهُ إِذَا كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَيْنِيَّةً، وَمُسْلِمٍ لِبِنَاءِ كَنِيسَةٍ وَإِنْ حُكِيَ عَنِ الْفُورَانِيِّ وَغَيْرِهِ الصَّحَّةُ مَعَ الْكِرَاهَةِ لِاحْتِمَالِ اتِّخَاذِهَا بَيْتًا، وَذُمِّي لِكِتَابَةِ الْقُرْآنِ، وَبَيْتٍ لِيَجْعَلَهُ بَيْتَ نَارٍ أَوْ يَبِيعَ فِيهِ الْخُمُرَ، وَأَرْضٍ لِلزَّرَاعَةِ لَا يَوْثُقُ بِمَا تُسْقَى مِنْهُ مِنْ مَطَرٍ أَوْ غَيْرِهِ.

وما إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ اسْتِيفَاءَ عَيْنٍ؛ كَالْبُسْتَانِ لِثَمَرَتِهِ، وَالشَّاةِ لَصُوفِهَا أَوْ نَتَاجِهَا أَوْ لَبَنِهَا أَوْ لِإَرْضَاعِ سَخْلَةٍ أَوْ طِفْلِ، نَعَمْ يَجُوزُ إِيجَارُ بَيْتٍ لِلِاسْتِقَاءِ مِنْهَا، وَقَنَاةٍ لِلزَّرَاعَةِ بِمَائِهَا، وَامْرَأَةٍ لِإَرْضَاعِ طِفْلٍ.

قال الشَّيْخَانِ فِي «الرَّوَضَةِ»^(٣) وَ«أَصْلُهَا»^(٤): ثُمَّ إِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِلِإَرْضَاعِ وَنَفَى الْحَضَانَةَ فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ؛ كَاسْتِجَارِ الشَّاةِ لِإَرْضَاعِ سَخْلَةٍ،

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/٤٠٦).

(١) «إحياء علوم الدين» (٢/١٥٥).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/٩١).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/١٧٩).

وأصْحُهُمَا الْجَوَازُ، وَبِهِ قَطَعَ الْأَكْثَرُونَ، كَمَا يَجُوزُ الاسْتِجَارُ لِمُجَرَّدِ الْحَصَانَةِ، قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا الْخِلَافُ إِذَا قَصَرَ الْإِجَارَةَ عَلَى صَرْفِ اللَّبَنِ إِلَى الصَّغِيِّ وَقَطَعَ عَنْهُ وَضَعَهُ فِي حَجْرِهَا وَنَحْوَهُ، أَي: الَّذِي هُوَ الْحَصَانَةُ الصَّغِيرَى، فَأَمَّا الْحَصَانَةُ بِالتَّفْسِيرِ الَّذِي سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَي: وَهِيَ الْكُبْرَى، فَيَجُوزُ قَطْعُهَا عَنِ الْإِرْضَاعِ بِلَا خِلَافٍ. انْتَهَى.

وَهُوَ كَمَا تَرَى مَصْرُوحٌ بِجَوَازِ نَفْسِي كُلِّ مِنَ الْحَصَانَتَيْنِ قَطْعًا فِي الْكُبْرَى، وَعَلَى الْأَصَحِّ فِي الصَّغِيرَى، فَتَقْيِيدُ شَيْخِ مَشَايخِنَا^(١) جَوَازَ النَّفْسِي بِالْكُبْرَى مُخَالَفٌ لِدَلَالَتِهِ، فَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يَجُوزُ الاسْتِجَارُ لِلْإِرْضَاعِ مُطْلَقًا، أَوْ مَعَ إِحْدَى الْحَصَانَتَيْنِ أَوْ نَفْسِي كُلِّ مِنْهُمَا، وَالصَّغِيرَى وَضَعُ الطِّفْلِ فِي الْحَجْرِ وَالْقَائِمَةُ الثَّدْيِ وَعَصْرُهُ لَهُ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَالْكُبْرَى وَهِيَ حِفْظُ الطِّفْلِ وَتَعَهُدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ، وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ، وَرَبْطِهِ فِي الْمَهْدِ، وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوَهَا مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ. وَإِطْلَاقُ الاسْتِجَارِ لِلْإِرْضَاعِ يَتَضَمَّنُ اسْتِيفَاءَ اللَّبَنِ مَعَ الصَّغِيرَى، أَمَّا الْكُبْرَى فَلَا تَدْخُلُ إِلَّا بِالنَّصِّ عَلَيْهَا، فَلَوْ نَصَّ عَلَيْهَا فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ انْفِسَاحَ الْعَقْدِ فِي الْإِرْضَاعِ دُونَهَا فَيَسْقُطُ قِسْطُهُ مِنَ الْأَجْرَةِ.

وَمَا إِذَا وَقَعَتِ الْمَنْفَعَةُ لِغَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ وَنَائِيهِ، كَمَا فِي الاسْتِجَارِ لِلصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْإِمَامَةِ وَلَوْ لِنَافِلَةٍ كَالْتَرَاوِيحِ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ ذَلِكَ مِنْ امْتِحَانِ الْمُكَلَّفِ بِكُسْرِ نَفْسِهِ بِفَعْلِهَا، وَتَحْصِيلُ فَضِيلَةِ الْجَمَاعَةِ لَا يَحْصُلُ لِغَيْرِ الْفَاعِلِ، وَمِنْ هُنَا نَظَرُ بَعْضُهُمْ فِيْمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ «الْأَنْوَارِ»^(٢) مِنْ أَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَ ظَرْفًا مُشْتَرَكًا مِنْ شَرِيكَ لِيَجْعَلَ فِيهِ حِنْطَةً مُشْتَرَكَةً صَحَّ بِأَنَّهُ شَرَطَ الْإِجَارَةَ عَوْدُ الْمَنْفَعَةِ

(٢) «الأنوار» (٢/ ١٤٤).

(١) «أسى المطالب» (٢/ ٤٠٦).

للمُستأجر لا للمؤجر. قال: وقد تقدّم في «الأنوار»^(١) أنّه لو استأجر دابة ليركبها مالكها لم يصح، فكذا هنا يفسد في قدر حصّته. انتهى.

وما تقرّر من ضابط ما يصحّ إجارته شامل للزوجة بالنسبة لزوجها، وقد قال البغوي: إذا استأجر زوجته لعمَل فإن كان لا يمتنع الاستمتاع ولا ينقصه فلها النّفقة مع الأجرة، وإلا فلا نفقة، وكذا بالنسبة لغير زوجها، لكن لا يصحّ إيجارها نفسها إجارة عين بغير إذن زوجها، بخلاف إيجارها نفسها في الذمّة، فيصحّ بغير إذنه فإن حصلت العمل بنفسها أو غيرها استحقّت الأجرة، وقد يشمل أيضًا ما في «فتاوى» ابن الصّلاح^(٢) من أنّه لو استأجر رجلًا يقعد مكانه في الحبس مدة صحّ واستحقّ أجرته؛ لأنّ المنافع كالأعيان، وهو استدعاء لإتلاف منافع بعرض لغرض صحيح؛ كقوله: «ألقي متاعك في البحر وعليّ ضمانه»، أو «طلّق زوجتك وعليّ ألف».

ونظر بعضهم في صحّة الإجارة؛ لأنّ المستحقّ قد لا يرضى بحبس غير غريمه ولا يكلف الرضى به، فالمنفعة غير موثوق بحصولها، ولو جعلها جعالة كان أقرب، بل في جوازه نظر.

وقال بعضهم: المراد مجرد صحّة الإجارة لا أنّه يلزم المستحقّ القبول. وإنّما تصحّ إجارة ما ذكر (إذا قُدِّرَتْ مَنْفَعَتُهُ) المقصودة بالإجارة لتعلم (بأحد أمرين) إمّا:

(١) (مُدّة) معلومة القدر؛ كسكنى دار سنة أو شهرًا، كأن يقول: «آجرْتُكَها لتسكنُها» فلو قال: «على أن تسكنُها» لم يجز كما قاله في «البحر»^(٣)، قال: ولا

(٢) «فتاوى ابن الصّلاح» (١/ ٣٣٣).

(١) «الأنوار» (٢/ ١٣٣).

(٣) «بحر المدغم» (٧/ ١٨٠).

يجوز أن يقول: «التسكُّنُها وحدك» ذكره بعض أصحابنا، ولا بدَّ من تحديدها بالجهات كما في البيع، حكاه ابنُ الرُّفَّعة^(١) عن القاضي أبي الطَّيِّب.

ولو أكرى دابةً للركوبِ شهرًا وجبَ بيانُ النّاحية.

وقوله: «مدّة» أي: أكثرها ما تبقى فيه العينُ غالبًا فتوجَّز الدّابةُ إلى عشرِ سنينَ ونحوها، والعبءُ إلى ثلاثين سنةً ونحوها، والثوبُ إلى سنةٍ أو سنتين ونحوهما، والأرضُ إلى مئة سنةٍ أو أكثرَ على ما يليقُ بالمذكوراتِ، سواءً فيها الرّفَقُ والطلقُ.

وأما أقلُّها فقال المأوردي^(٢): أقلُّ مدّةٍ توجَّزُ الأرضُ فيها للزّراعةِ مدّةُ زراعتها، وللشكْنِ يومٌ؛ لأنَّ ما دونه نافعةٌ لا يقابلُ بعوضٍ.

وإذا أجرَ شيئًا أكثرَ من سنةٍ لم يجبَ تقديرُ حصّةٍ كلِّ سنةٍ، وتوزَّعَ الأجرُ على قيمةِ منافعِ السنينِ، أو أجره شهرًا مثلًا وأطلقَ صحَّ، وجعلَ ابتداءَ المدّةِ من الآن؛ لأنّه المفهومُ المتعارفُ، وقيل: يشترطُ أن يقولَ من الآن، ذكر ذلك في «الروضة»^(٣)، ومشى ابنُ الرُّفَّعةِ على الثاني، ونقله عن جزمِ العراقيين، أو أجره شهرًا من هذه السّنة، وقد بقي منها أكثرُ من شهرٍ لم يصحَّ للإبهامِ واختلافِ الأغراضِ، فلو قُدِّرَتِ المنفعةُ بمدّةٍ لا تبقى فيها العينُ غالبًا بطلَ العقدُ في الرّائد، وفي الباقي قولًا تفريق الصّفقة، قاله المأوردي^(٤).

(٢) (أو) محلّ (عملي) كخياطة هذا الثوب، وركوب هذه الدّابةِ إلى مكانٍ كذا، سواءً أكانت إجارةً عينٍ أو ذمّةً، بخلافِ التّقديرِ بالمدّةِ لا يأتي في إجارةٍ

(٢) «الحاوي الكبير» (٧/٤٠٦).

(١) «كفاية النّبي في شرح التّبيه» (١١/٢١٩).

(٤) «الحاوي الكبير» (٧/٤٠٦).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/١٩٦).

الذِّمَّةُ، فلو قال: «الزَّمْتُ ذِمَّتَكَ عَمَلُ الْخِيَاطَةِ شَهْرًا» لم يَصَحَّ، نَعَمْ إِنْ بَيَّنَّ صِفَةَ الْعَمَلِ وَنَوْعَ مَحَلِّهِ صَحَّ، كَمَا بَحَثَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ وَصَرَّحَ بِهِ الْقَفَّالُ، وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْإِشَارَةِ إِلَى الثَّوبِ وَوَضِيفِهِ^(١).

وقوله: «بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ» صَادِقٌ مَعَ تَعْيِينِ أَحَدِهِمَا كَالْمُدَّةِ، فَإِنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي نَحْوِ الْعَقَارِ وَالْإِرْضَاعِ؛ إِذْ مَنَافِعُ الْعَقَارِ وَتَقْدِيرُ اللَّبَنِ إِنَّمَا تَنْضَبِطُ بِالْمُدَّةِ، وَالْاِكْتِحَالِ، فَإِنَّ قَدْرَ الدَّوَاءِ لَا يَنْضَبِطُ، وَيَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ كَمَا هُوَ صَادِقٌ مَعَ تَأْتِي كُلِّ مَنَّهُمَا، كَمَا فِي اسْتِجَارِ شَخْصٍ لِيَخِيطَ لَهُ شَهْرًا خِيَاطَةً مَوْصُوفَةً، أَوْ لِيَخِيطَ لَهُ هَذَا الثَّوبَ، أَوْ دَابَّةً لِيَرْتَدَّ عَلَيْهَا فِي حَوَائِجِ الْيَوْمِ، أَوْ لِيُرْكَبَهَا إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا.

ومفهومه امتناعُ الجَمْعِ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ، وَهُوَ كَذَلِكَ، فَلَوْ اكْتَرَى شَخْصًا لَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِيَاضِ النَّهَارِ، أَوْ دَابَّةً لِرُكُوبِهَا إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا الْيَوْمَ لَمْ يَصَحَّ، نَعَمْ إِنْ قَصَدَ التَّقْدِيرَ بِالْعَمَلِ وَذَكَرَ الْيَوْمَ لِلتَّعْجِيلِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَصَحَّ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الثَّوبُ صَغِيرًا مِمَّا يَفْرَغُ عَادَةً فِي دُونَ الْيَوْمِ، ذَكَرَهُ الشُّبْكِيُّ^(٢).

وامتناعُ الْخُلُوءِ عَنْهُمَا وَهُوَ كَذَلِكَ أَيْضًا، وَلِهَذَا قَالَ الْبَغَوِيُّ: لَا يَجُوزُ اسْتِجَارُ الْأَرْضِ لِدَفْنِ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّ نَبَشَهُ لَا يَجُوزُ قَبْلَ بِلَاةٍ، وَلَا يُعْرَفُ مَتَى يَكُونُ بِلَاةٌ^(٣).

نَعَمْ لَوْ اسْتَأْجَرَ الْإِمَامُ لِلْأَذَانِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ كَفَى أَنْ يَقُولَ: «كُلُّ شَهْرٍ بِدَرَاهِمٍ»، أَوْ اسْتَأْجَرَ ذِمِّيًّا لَجِهَادٍ صَحَّ، كَمَا فِي «الشَّامِلِ»؛ لِلضَّرُورَةِ، وَلَا تَقْدِيرَ فِيهِمَا إِلَّا بِالْمُدَّةِ وَلَا بِمَحَلِّ الْعَمَلِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/٤١١).

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/٤١١).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/٤١٥).

(وَإِطْلَاقُهَا) يعني الإجارة العينية من حيث الأجرة إذا كانت في الذمة عن ذكر
تعجيلها وتأجيلها (يَقْتَضِي تَعَجِيلَ الْأَجْرَةِ) أي: حلولها، سواء أكانت الإجارة
عينية أم ذمّية، فإن قيدها بالحلول كانت حالة كما هو معلوم.

وقوله: (إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ) أي: في الإجارة العينية (التأجيل) للأجرة بأن يقيدها
به أي: فتكون مؤجلة، استثناء منقطع، بخلاف الأجرة المئوية فلا تكون إلا
حالة، وتأجيلها مفسد، سواء في ذلك الإجارة العينية والذمّية، وبخلاف الأجرة
إذا كانت في الذمة في الإجارة الذمّية، فإنها كراس مال السلم في وجوب قبضها في
المجلس وامتناع تأجيلها والإبراء منها والاستبدال عنها والحوالة بها عليها.
وتملك الأجرة بالعقد مطلقاً ملكاً مراعى، ومعناه أنه كلما مضى زمن على
السلامة بأن أنه استقرّ ملكه على ما يقابل ذلك الزمن من الأجرة إن قبض
المستأجر العين أو امتنع من قبضها بعد عرضها عليه.

وقضية ملكها بالعقد أن للموقوف عليه التصرف في جميعها؛ لأنها ملكه في
الحال، وهو ما قاله ابن الرقعة، وتبعه شيخنا الشهاب الرملي^(١) فأفتى بذلك،
وبأنه^(٢) لا رجوع للبطن الثاني على الناظر إذا مات البطن الأول قبل فراغ المدة،
بل على تركة البطن الأول، وخالف الفقهاء ومن تبعه في الأمرين.

فإن فسدت الإجارة استقرت أجرة المثل فيها بما يستقر به المسمى في
الصحيحة، نعم التخلية في العقار والوضع بين يدي المستأجر والعرض عليه
مع امتناعه من القبض إلى انقضاء المدة يستقر به المسمى في الصحيحة دون
أجرة المثل في الفاسدة.

(١) «فتاوى الرملي» (٣/ ٥٥).

(٢) في (ج): «وأنه»

والعبرة في الأجرة إذا كانت نقداً بنقد بلد العقد وقته، فإن كان ببادية اعتبر أقرب البلاد إليها كما بحثه الأذرعي، فإن فسدت الإجارة فالعبرة بموضع إتلاف المنفعة، وإذا حلت الأجرة المؤجلة وقد تغير النقد وجبت من نقد يوم العقد لا يوم تمام العمل^(١).

(ولا تبطل الإجارة) عينية كانت أو ذمية (بموت أحد المتعاقدين) من حيث إنّه أحد المتعاقدين، ولا بموت المتعاقدين جميعاً من حيث إنهما المتعاقدان قبل تمامها، بل إن مات المستأجر خلّفه وارثه في استيفاء المنفعة، أو المؤجر تركب العين المؤجرة عند المستأجر إلى انقضاء المدة، ولو التزم عملاً في ذمته ومات، فإن كان له تركة استؤجر منها، وإلا فإن قام الوارث به فذاك، وإلا فللمستأجر الفسخ.

وبطلانها فيما بقي بموت الأجير المعين، أو موت البطن مثلاً من الموقوف عليهم، وقد أجز الوقف^(٢) بدون أجرة المثل، أو كان النظر لكل بطن مدة استحقاقه أو موت مستحق المنفعة بإقطاع أو وصية له بها مدة حياته بعد إيجاره، أو موت مؤجر مدبره، أو أم ولده، أو معلق العتق بصفة وجدت مع موته ليس من حيث إنّه أحد المتعاقدين، بل من حيث فوات مورد العقد في الأول، وفوات شرط الواقف أو شرط التصرف على^(٣) الغير في الثاني، أو شرط المقطع أو الموصي في الثالث، وعدم استحقاق المؤجر المنافع الباقية في الرابع لاستحقاق العتق قبل الإيجار.

(١) ينظر. «أسنى المطالب» (٢/ ٤٣٥).

(٢) في (ج): «الواقف».

(٣) في (هـ): «ع».

وبخلاف ما لو أطلق الواقف شرط النظر لكل بطن، أو قيده بنحو الأزهد منهم، وما لو تأخر التدبير أو الإيلاد أو التعليق عن الإيجار، فلا تبطل الإجارة بالموت لعدم تقييد النظر باستحقاق المؤجر في الأولى وتقدم استحقاق المنفعة على الإيجار في الثانية.

فلو فسخ الإيجار بعد الموت بعيب ظهر بالرقيق فينبغي ملك منافع نفسه أخذًا مما رجحه النووي^(١) فيما لو أجره عبده ثم أعتقه، ثم فسخ الإيجار من أنه يملك منافع نفسه، بخلاف ما لو باع العين المستأجرة ثم فسخ الإيجار، فإن منفعتة بقية المدة للبائع.

وفرق شيخ مشايخنا^(٢) بأن العتق لما كان متقربًا به، والشارع متشوف إليه كانت منافع العتق نظرًا لمقصود المعتق من كمال تقربه، بخلاف البيع ونحوه.

ولو أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ فيها بالسِّن، تبين بطلان إجارته في الرائد على مدة البلوغ؛ لانقطاع ولايته عنه، نعم إن بلغ سفيها فالإجارة بحالها لبقاء الولاية عليه، فلو غاب مدة يبلغ فيها بالسِّن ولم يعلم وليه أبلغ رشيدًا أم لا، لم يكن له التصرف في ماله استصحابًا لحكم الصغر، وإنما يتصرف الحاكم.

ذكره الإسنوي، وخالفه شيخنا الرملّي، فاعتمد بقاء ولايته؛ لأنها لا ترتفع بمجرد البلوغ، بل بالبلوغ رشيدًا ولم يعلم، فلا نرفعها بمجرد الشك، ويستمر الإيجار بخلاف ما لو بلغ فيها بالاحتلام، فإن الإيجار بحاله، والفرق أن بلوغه بالسِّن له أمد معلوم، فالمؤجر مقصّر بالزيادة عليه.

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥١)

(٢) «أسى المطالب» (٢/ ٤٣٤).

وفَرَّقَ شيخُ مشايخنا بينَ بقاءِ الإيجارِ هنا وبُطْلانِهِ بِمَوْتِ البَطْنِ الأوَّلِ كما تقدَّمَ بأنَّ تصرُّفَهُ إنَّما هو بإِذْنِ الواقِفِ وقد قصَّره على شيءٍ فلا يتجاوزُهُ، بخلافِ تصرُّفِ الوَلِيِّ.

(وَتَبْطُلُ) الإِجَارَةُ (بِتَلْفِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ^(١)) إِجَارَةُ عَيْنٍ؛ كانهدامِ الدَّارِ، ومَوْتِ الدَّابَّةِ لِقَوَاتِ مَحَلِّ الْمَنْفَعَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ التَّلْفُ قَبْلَ الْقَبْضِ حَقِيقَةً أَوْ حَكْمًا، أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ مَضِيِّ مَدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرَةٌ بَطَلَتْ بِالْكَلِّيَّةِ، وَلَا فِيهِ الْبَاقِي مِنْهَا دُونَ الْمَاضِي، فَيَجِبُ قَسْطُ مَا مَضَى مِنَ الْمُسَمَّى بِتَوْزِيْعِهِ عَلَى أَجْرَةِ مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ لَا عَلَى الْمُدَّتَيْنِ، فَلَوْ كَانَتِ الْمُدَّةُ شَهْرَيْنِ وَمَضَى شَهْرٌ وَأَجْرُهُ مِثْلُهُ ضَعْفُ أَجْرَةِ مِثْلِ مَا بَقِيَ وَجَبَ مِنَ الْمُسَمَّى ثَلَاثُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَثَلَاثَةُ.

وخرَجَ بِتَلْفِ الْعَيْنِ: تَعْيِيْهَا، فَلَا تَبْطُلُ بِهِ الإِجَارَةُ، بَلْ يَثْبُتُ بِهِ الْخِيَارُ عَلَى التَّرَاخِي، وَالمُرَادُ بِالْعَيْبِ هُنَا: مَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْفَعَةِ تَأْثِيرًا يَظْهَرُ بِهِ تَفَاوُتٌ فِي الْأَجْرَةِ لَا فِي الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ مَوْرَدَ الْعَقْدِ الْمَنْفَعَةُ، وَذَلِكَ كانهدامِ جِدَارِ الدَّارِ وَدِعَامَتَيْهَا، وَانْكَسَارِ جَذْعِهَا، وَعَدَمِ إِبْصَارِ الدَّابَّةِ لَيْلًا، وَعَرَجٍ مُعَوِّقٍ لَهَا عَنِ السَّيْرِ مَعَ الْقَافِلَةِ، وَتَعَثُّرِهَا تَعَثُّرًا غَيْرَ مَعْتَادٍ، وَخَشَوْنَةٍ مُشْيٍ يُخْشَى مَعَهَا السَّقُوطُ، بِخِلَافِ مُجَرَّدِ الْخَشَوْنَةِ، وَغَضَبِ الْعَيْنِ، وَإِبَاقِ الْعَبْدِ، وَتُدُودِ الدَّابَّةِ، وَبَرَصِ أَجِيرِ الْخِدْمَةِ، أَوْ جُذَامِهِ، وَظُهُورِ كَوْنِ الْأَجِيرِ كَافِرًا وَقَدْ اسْتَوْجِرَ لِقُرْبَةٍ؛ كِبَاءِ مَسْجِدٍ، وَكِتَابَةِ مَصْحَفٍ، وَنَحْوِ أَصْحِيَّةٍ.

قال الروياني^(٢): فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ قَبْلَ الْعِلْمِ اسْتَحَقَّ أَجْرَهُ الْمِثْلَ لِمَا عَمِلَ لَا الْمُسَمَّى، قَالَ: وَلَوْ كَانَتِ الإِجَارَةُ فِي الذِّمَّةِ قَبْلَ الْأَجِيرِ: إِنْ أَنْبَتَ فِيهَا

(٢) «بحر المذهب» (٧/ ١٧٤).

(١) ي (ج). «المؤخرة».

مُسْلِمًا سَقَطَ خِيَارُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِلَّا بَقِيَ خِيَارُهُ، وَلَوْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ لَهُ حِجًّا لَمْ يَصَحَّ، وَلَا أَجْرَةٌ لَهُ إِنْ فَعَلَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَوْجَرَ لِبْنَاءٍ وَرَغِي وَنَحْوِهِمَا مِمَّا لَا يُتَقَرَّبُ بِهِ.

وَفِي صَحِيحَةِ اسْتِئْجَارِ الْكَافِرِ لِكِتَابَةِ الْمُصَحِّفِ إِذَا تَوَقَّعْتُ عَلَى الْمَسِّ كَمَا اقْتَضَاهُ هَذَا الْكَلَامُ شَيْءٌ لَا يَخْفَى فَلْيَتَأَمَّلْ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ كَانَ سَلَمَهُ دَابَّةً عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ^(١)، فَلَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ بِتَلَفِهَا وَلَوْ بِفَعْلِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِتَعْيِيبِهَا، وَعَلَى الْمُؤْجَرِ إِبْدَالُهَا، فَإِنْ امْتَنَعَ اكْتَرَى الْحَاكِمُ عَلَيْهِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٢): وَكَأَنَّهُ عِنْدَ يَسَارِهِ دُونَ إِعْسَارِهِ فَيُخَيَّرُ الْمُسْتَأْجِرُ، وَلَوْ أَرَادَ الْمُؤْجَرُ بَعْدَ تَسْلِيمِهَا عَمَّا فِي الذِّمَّةِ إِبْدَالَهَا بِدُونِ تَلَفٍ أَوْ عَيْبٍ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِ الْمُسْتَأْجِرِ.

(وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْأَجِيرِ) فِيمَا اسْتَوْجَرَ لِحِفْظِهِ أَوْ الْعَمَلِ فِيهِ؛ كَالْخَبَّازِ، وَالرَّاعِي، وَالْخَبَّاطِ، وَالصَّبَّاحِ، سِوَاءِ أَكَانَ مُعَيَّنًا أَوْ مُتَلَزِمًا فِي ذِمَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ إِذَا لَمْ يَأْخُذِ الْعَيْنَ لِفَرْضِهِ خَاصَّةً فَأَشْبَهَ عَامِلَ الْقِرَاضِ (إِلَّا بِعُدْوَانٍ) وَمِنْهُ التَّفْرِيطُ، فَيُضْمَنُ الْحُرُّ بِالذِّمَّةِ وَغَيْرُهُ بِأَقْصَى قِيَمَةٍ مِنْ وَقْتِ التَّعْدِي إِلَى وَقْتِ التَّلَفِ، وَذَلِكَ كَانَ أَشْرَفَ فِي الْإِيقَادِ لِلْخَبْرِ، أَوْ أَلْصَقَهُ قَبْلَ وَقْتِ الْإِلْصَاقِ، أَوْ تَرَكَهُ فِي التَّنَوُّرِ فَوْقَ الْعَادَةِ حَتَّى احْتَرَقَ، أَوْ انْخَرَقَ الثَّوبُ بِالذَّقِّ أَوْ بِحِدَّةِ الصَّبْغِ وَحَرَارَتِهِ، أَوْ ضَرَبَ الصَّبْغِ لِلتَّأْدِيبِ أَوْ التَّعْلِيمِ فَمَاتَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُمْكِنٌ بِغَيْرِ الضَّرْبِ، وَكَذَا لَوْ رَعَى الرَّاعِي فِي مَسْبَعَةٍ أَوْ مَوْضِعٍ مَخُوفٍ، أَوْ تَرَكَ وَاحِدَةً وَلَوْ نِسْيَانًا، أَوْ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ فِي حُفْرَةٍ فَتَرَكَهَا حَتَّى هَلَكَتْ، وَإِنْ لَمْ يَشْعُرْ بِهَا كَمَا ذَكَرَ ذَلِكَ فِي «الْأَنْوَارِ»^(٣).

(١) فِي (هـ): «ذِمَّتُهُ فَتَلَفْتُ».

(٢) «قَوْتُ الْمَحْتَاحِ» (٣/٤٤٩).

(٣) «الْأَنْوَارُ لِأَعْمَالِ الْأَبْرَارِ» (٢/١٥٣).

بخلاف ما لو ختن، أو فصّد حرّاً أو عبداً، أو شرط دابةً ولم يقصّر وإن أفضى ذلك إلى الموت؛ إذ لا تفريط.

أو غاب أجير الطّحن وترك غلامه فسرق الطّحين والغلام أمين؛ إذ العادة جارية بالاستنابة في الإجارة بخلاف الوديعة، أو أشرقت واحدة من البهائم التي يرعاهما على الموت فلم يذبّحها حتّى ماتت، فلو علم بالقرائن أنّها لا تعيش غالباً جازّ له الذّبح بلا ضمان، ذكره في «الأنوار»^(١).

ولو بعث حماراً مع طفل إلى راعٍ فقال له الراعي: «دعه يرتع مع الدّواب» ثم ساق الراعي الدّواب، فسار الحمار معها وهلك لم يضمّنه، وبأخذه من الصّبي لا يدخل في ضمانه، ذكره في «الأنوار»^(٢)، وفيه أنّه لو اعتمد صاحب الطّاحونة على رجل في حفظ ما بها فلم يحفظه^(٣) حتّى سرق الطّحين ضمن المالك ويرجع على المُعتمد. انتهى.

ولا يخفى إشكال رُجوعه عليه بمجرّد الاعتماد عليه، إلّا أن يُصوّر بما إذا استودعه أو استأجره للحفظ حيث ساع له ذلك فليتمل.

وأنّه لو دفع دابةً إلى آخر ليحفظها مع الدّواب وله شريك في الحفظ فغصبت الدّابة من شريكه أو سُرقت لم يضمّن إن كان الشريك أميناً لا يضيع، ولعلّ مراده أنّ المدفوع إليه أجير لا وديع، وإلّا أشكل بما سبق من امتناع الاستنابة على الوديعة.

ولو اختلفا في التّعدي صدّق الأجير بيمينه في نفيه؛ لأن الأصل عدمه وبراءة

(٢) «الأنوار» (٢/١٥٨).

(١) «الأنوار» (٢/١٥٤).

(٣) في (هـ). «يحفظها».

ذَمَّتِهِ^(١)، نَعَمْ إِنْ أَخْبَرَ عِدْلَانِ خَيْرَانِ بَأَنَّ مَا أَتَى بِهِ تَعَدُّ لَمْ يُصَدَّقْ وَعُمِلَ بِقَوْلِهِمَا، وَكَالْأَجِيرِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ الْمُسْتَأْجِرُ فَلَا يَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِلا تَقْصِيرٍ وَلَوْ بَعْدَ فَرَاغِ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ إِنْ قُدِّرَتْ بِمَدَّةٍ، أَوْ مَدَّةُ إِمْكَانِ الْعَمَلِ إِنْ قُدِّرَتْ بِهِ؛ إِذْ لَا يَلْزَمُ رَدُّهَا حَيْثُ بَدَأَ بِهَا بِالتَّخْلِيَةِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمَالِكِ إِذَا طَلَبَهَا كَالْوَدِيعَةِ، حَتَّى لَوْ شَرَطَ رَدُّهَا فِي^(٢) الْعَقْدِ فَسَدَ، فَإِنْ قَصَرَ ضَمِنَ؛ كَأَنْ نَامَ لَيْلًا فِيمَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْبَسِ، أَوْ نَقَلَ فِيهِ تَرَابًا، أَوْ أَلْبَسَهُ مَنْ هُوَ دُونَهُ حُرْفَةً كَقَصَّارٍ، أَوْ أَسْكَنَ الدَّارَ أَضَرَّ مِنْهُ كَحَدَّادٍ أَوْ قَصَّارٍ، أَوْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ أَوْ كَبَحَهَا بِاللِّجَامِ، أَوْ سَاقَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ، أَوْ أَرَكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ.

وَالْقَرَارُ عَلَى الثَّانِي إِنْ عَلِمَ أَوْ كَانَتْ يَدُهُ يَدَ ضَمَانٍ، وَإِلَّا فَعَلَى الْأَوَّلِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رَكِبَ أَوْ سَاقَ عَلَى الْعَادَةِ، وَإِنْ تَقَرَّحَ بِلَا ظَهَرِ الدَّابَّةِ أَوْ أَرَكَبَهَا مِثْلَهُ أَوْ أَخَفَّ مِنْهُ قَالَ الْقَاضِي: وَإِنْ كَانَ أَعْنَفَ مِنْهُ فِي الضَّرْبِ وَالسُّوقِ أَيْ: الْمُتَعَادِينَ، فَإِنْ تَعَدَّى كَأَنْ جَاوَزَ بِالضَّرْبِ الْعَادَةَ اخْتَصَّ بِالضَّمَانِ لَتَعَدُّهِ دُونَ الْمُرْكَبِ.

وَلَوْ حَمَلَ الْقِدْرَ الْمُسْتَأْجِرَةَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ عَلَى دَابَّةٍ لِيُرُدَّهَا فَانْكَسَرَتْ بِتَعَثُّرِهَا، فَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَقِيلُ بِحَمْلِهَا لَمْ يَضْمَنْ، وَكَذَا إِنْ كَانَ مَمَّنْ لَا يَلِيقُ بِهِ حَمْلُهَا أَيْ: وَلَمْ يَجِدْ حِمْلًا كَمَا بَحَثَهُ الرَّزَّكَانِيُّ، وَإِلَّا ضَمِنَ لَتَقْصِيرِهِ.

وَلَوْ غُصِبَتِ الْعَيْنُ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْهَا، وَإِنْ تَرَكَ السَّعْيَ فِي رَدِّهَا مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ وَإِفَادَتِهِ، أَوْ تَرَكَ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا فِي وَقْتِهِ فَمَاتَتْ فِيهِ لَمْ يَضْمَنْهَا، أَوْ تَلَفَتْ فِيهِ بِسَبَبِ لَوْ إِنْتَفَعَ بِهَا فِيهِ لَمْ تَتَلَفْ بِهِ كَأَنْ هَدَمَ سَقْفَ عَلَيْهَا ضَمِنَ، بِخِلَافِ مَا لَوْ تَلَفَتْ بِمَا لَا يُعَدُّ تَقْصِيرًا فِيهِ، كَأَنْ انْهَدَمَ عَلَيْهَا السَّقْفُ فِي لَيْلٍ لَمْ تَجِرِ الْعَادَةُ بِاسْتِعْمَالِهَا

(١) زَادَ فِي (هـ): «مِنَ الضَّمَانِ».

(٢) فِي (هـ): «بَعْدَ».

فيه، وبذلك عُلِمَ كما قال شيخُ مشايخنا ومن تبعه أَنَّ الضَّمانَ بذلك ضمانٌ جنائيةٌ لا ضمانٌ يد، وإلَّا لضمينٌ بتلفه بما لا يُعدُّ مقصراً فيه، خلافاً لترجيح السُّبكيِّ ومن تبعه أَنَّهُ ضمانٌ يد.

قال النَّاشِريُّ: هل حُكْمُ الأجير حُكْمُ المُستأجر حتَّى لا يضمنَ ولو بعدَ المدةِ ولا يلزمُه مؤنةُ الرَّدِّ أم يُخالفُ حكمَ المُستأجر؟

والجوابُ: أَنَّهُ يبنى على الوجهين في أَنَّهُ هل يجوزُ له حبسُ العينِ لأجلِ هذه الآثارِ أم لا؟ فإن قلنا له ذلك أي: وهو الأصحُّ كان حكمُه حكمَ المُستأجر، وإلا ضمن. انتهى.

ولو انفسختِ الإجارةُ بسببِ فإن علم المُستأجرُ دونَ المالكِ ولم يعلم به ضمنَ العينَ ومنافعها؛ لتقصيره بعدمِ إعلامه، بخلافِ ما إذا أعلمه به، أو لم يُعلمه لعدمِ علمه، أو كان هو عالمًا به؛ لأنَّهُ أمينٌ ولا تقصير.

ولو أغلَقَ نحوَ الدَّارِ المُستأجرةَ بعدَ المدةِ مِن غيرِ انتفاعِ بها مع حضوره وعدمِ طلبِ المالكِ مدةً لها أجرة، فالوجهُ الذي لا يتَّجهُ غيرُهُ أَنَّهُ لا أجرةٌ عليه لأنَّهُ أمينٌ، والواجبُ عليه إنَّما هو التَّخليةُ بشرطِ طلبِ المالكِ ولا طلبَ ولا زيادةً للغلقِ على تزكِه إلا مصلحةَ المكانِ وصيانته، وذلك لا يقتضي الأجرةَ إن لم يقتضي عدمها.

ولا ينافي ذلك قولُ البَغَوِيِّ: لو استأجرَ حانوتًا شهرًا فأغلقَ بابَه وغابَ شهرينِ لزمه المُسمَّى للأوَّلِ وأجرةُ المثلِ للثاني، قال: وقد رأيتُ للشيخِ القفالِ أَنَّهُ لو استأجرَ دابةً يومًا فبقيت عنده بعده ولم ينتفع بها ولا حبسها عن مالِكها لا يلزمُه أجرةُ اليومِ الثاني؛ لأنَّ الرَّدَّ ليس واجبًا عليه، وإنَّما عليه التَّخليةُ

إذا طَلَبَ مالُكُها، بخلافِ الحانوتِ؛ لأنَّه في حَبْسِهِ وعُلُقَتِهِ، وتسليمُ الحانوتِ والذَّارِ لا يكونُ إلَّا بتسليمِ المفتاحِ. انتهى.

وذلكَ لأنَّ ما ذَكَرَهُ في الحانوتِ مفروضٌ بقَرينةِ تَصَوُّيرِهِ، وتعليلُ ما نَقَلَهُ عَنِ الْقَفَّالِ فيما إذا غابَ؛ لأنَّ المالكَ حينئِذٍ لا يَتِمَكَّنُ بَعْدَ الشَّهِرِ الأوَّلِ مِنَ تسليمِ العَيْنِ، ولا يَتَأَتَّى طَلَبُهُ فَقَدْ مَنَعَهُ مِنْهَا بِغِيْبَتِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، ولا كَذَلِكَ الْحَاضِرُ لَتَمَكَّنِ الْمَالِكُ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالطَّلَبِ مِنْهُ، ومثْلُهُ فيما يَظْهَرُ الْغَائِبُ إذا كانَ لَهُ وَكِيلٌ فِي التَّخْلِيَةِ يَعْلَمُ بِهِ الْمَالِكُ.

ثُمَّ رَأَيْتُ جَمِيعَ مَنْ أَدْرَكْنَاهُمْ بِبِلَدَتِنَا يُفْتُونَ بِوُجُوبِ الْأَجْرَةِ وَلَا يَلُوْنُ عَلَى غَيْرِهِ، ثُمَّ فِي بَعْضِ مُجَاوِرِي بَمَكَّةَ الْمُشْرِفَةِ اجْتَمَعَتْ بِبَعْضِ الْفُضَّلَاءِ مِنْ مَشَايِخِنَا، فَتَكَلَّمْتُ مَعَهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَنَوَقَّفَ، ثُمَّ بَعْدَ مَرَاجَعَتِهِ كَلَامَ الْبَغَوِيِّ تَكَلَّمْتُ مَعَهُ فِيهَا أَيْضًا، فَصَمَّمَ عَلَى وَجُوبِ الْأَجْرَةِ، ثُمَّ رَجَعَ وَصَمَّمَ عَلَى عَدَمِ الْوُجُوبِ، وَالْحَقُّ فِي «شَرْحِهِ عَلَى الْمَنَهَاجِ»^(١) مَعَ الْاسْتِدْلَالِ عَلَيْهِ مِنْ كَلَامِهِمْ بِمَا يَنْبَغِي اسْتِفَادَتُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.



(١) يَظَرُ: «تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ» (١٧٨/٦).

(فصل)

في الجمالة

وهي بثلاث الجيم كما قاله ابن مالك وغيره، واقتصر الجوهرى^(١) وغيره على كسرهما، وهي كقوله: «مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ كَذَا».

(والجمالة جائزة)؛ لأنَّ الحاجة قد تدعو إليها كالمضاربة (وهو) أي: الجمالة وذكرها باعتبار خبره، وهو قوله: (أَنْ يَشْتَرِطَ)^(٢) مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ (في رَدِّ ضَالَّتِهِ) مثلاً أي: أن يلتزم بسبب رَدِّ ضَالَّتِهِ، أو خياطة ثوبه، أو بناء جداره، أو تعليم صبيه (عوضاً) متمولاً مقدوراً على تسليمه (معلوماً) لهما بالرؤية أو بالوضف، ولو معيناً كما نقله الشَّيْخَانِ^(٣) عَنِ الْمُتَوَلَّى وأقرَّاه، وجزم به في «الأنوار»^(٤)، وقال شيخ مشايخنا^(٥): إِنَّهُ الْأَوْجَهُ، وإن قال الإِسْنَوِيُّ: إِنَّهُ خِلَافُ الصَّحِيحِ فيما لو قال: «مَنْ رَدَّه فَلَهُ ثَبَاتُهُ» ووصفها بما يفيد العلم لمن يقوم بذلك معيناً كـ «إِنْ رَدَدْتَ ضَالَّتِي فَلَكَ كَذَا»، أو «رُدَّهَا وَلَكَ كَذَا»، أو لا كـ «مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ كَذَا وَاحِداً أَوْ أَكْثَرَ».

ثم إن كان معيناً اشترط فيه كما في «الرَّوَضَةِ»^(٦) و«أَصْلِهَا»^(٧) تبعاً للغزالي أهلية العمل، فيدخل فيه العبد وغير المكلَّف بإذن وغيره، كما قاله الشُّبْكِيُّ وغيره، خلافاً لابن الرُّفْعَةِ في العبد بغير إذن^(٨)، ويخرج عنه العاجز عن العمل؛ كصغير لا يقدر عليه، فالمراد بأهلية العمل أهلية إمكانه.

- | | |
|------------------------------|---------------------------------------|
| (١) «الصَّحاح» (١٦٥٦/٤). | (٢) في (ن)، (هـ): «يُشْرَطُ». |
| (٣) «روضة الطالبين» (٢٧٠/٥). | (٤) «الأنوار لأعمال الأبرار» (١٧٦/٢). |
| (٥) «أسنى المطالب» (٤٤١/٢). | (٦) «روضة الطالبين» (٢٦٩/٥). |
| (٧) «الشرح الكبير» (١٩٨/٦). | (٨) ينظر. «أسنى المطالب» (٤٤٠/٢). |

وإن كان مُبهماً كفى علمه بالنداء، ولهذا قال الماوردي^(١) هنا: لو قال: «من جاء بآبقي فله دينار»، فمن جاء به استحق من رجل، أو امرأة، أو صبي، أو عبد عاقل، أو مجنون إذا سمع النداء، أو علم به؛ لدخولهم في عموم قوله: «من جاء» أي: وإن لم يكن فيهم أهلية إمكان العمل حين النداء حيث كانت فيهم حين العمل، وإن خالف في السير فقال: لا يستحق الصبي ولا العبد إذا قام به بغير إذن سيده.

قلت: وما تضمنته هذا الكلام من استحقاق من عمل مجنوناً، معيّنًا كان أو لا، مخالف لما قاله من انفساخ الجمالة بجنون العامل، إلا أن يلتزم الفرق بين الجنون المقارن والطارئ فلا يضّر الأول ويضّر الثاني، والظاهر أن الانفساخ بالجنون مختصّ بالعامل المعين لعدم ارتباط العقد بغير المعين، فلو طرأ لأحد جنون بعد العقد ثم رده بعد الإفاقة أو قبلها استحق؛ إذ لا معنى لانفساخ العقد بجنونه مع عدم ارتباطه به، فليتمل.

فلا يصح بغير شرط حتى لو ردّ الضالة بغير إذن المالك لم يستحق شيئاً، وإن كان معروفاً بردّ الضوال، وتدخّل في ضمانه كما جزم به الماوردي^(٢).

وقال الإمام: فيه الوجهان في الأخذ من الغاصب بقصد الردّ إلى المالك، والأصح فيه الضمان، ولا يلتزم من جواز الردّ عدم الضمان^(٣).

ولقائل أن يقول: قد فرّقوا في الأخذ من الغاصب بين أن يكون من أهل الضمان فيضمن الأخذ منه، وبين ألا يكون من أهل الضمان كالحرابي وعبد المغصوب منه، فلا يضمن الأخذ منه؛ لأنّه لو تلف في يده فات على المالك،

(٢) الحاوي الكبير، (٣١/٨).

(١) الحاوي الكبير، (٣١/٨).

(٣) يظر: أسنى المطالب، (٤٣٩/٢).

وقياس ذلك عدم الضمان هنا؛ لأنه لو تلف قبل أخذه فلا ضمان على أحد، فيقوت على المالك، واحتمال حصول المالك عليه كاحتمال حصوله عليه من يد الحربي ونحوه.

ثم رأيت في «الخادم» نازع المأوردي في الضمان، والإمام في التخرج، وفرق بنحو ما ذكرته، ورأيت صاحب «الجواهر» ذكر ما قاله الإمام آخر الباب، وقال قبل ذلك في دخول المردود في ضمان الراد وجهان، أصحهما: لا يدخل، فليئامل.

ولا يشترط^(١) من صبي أو مجنون أو محجور عليه بسفه، ولا بشرط ما لا يصح كونه عوضاً، لكن يستحق العامل أجره المثل إن كان ممّا يقصد؛ كخمر وخنزير، بخلاف غيره كالدم، ولا بشرط مجهول؛ ك«رد ضالتي ولك ثوب»، أو «على أن أريضك أو أعطيك شيئاً»، لكن يستحق أجره المثل، ولا يشترط قبول المشروط له لفظاً، ولذا سكّت عنه المصنف، بل لا يتصور في غير المعين، وعلى ذلك قال القمولي: لو قال لغيره: «إن ردّدت عبي فلنك دينار» فقال: «أردّه بنصف دينار» فالوجه القطع باستحقاق الدينار، وقد ينقح فيه خلاف كما في الخلع^(٢).

وقوله في ردّ ضالته باعتبار الواقع غالباً، وإلا فضالة غيره كذلك، فلو قال: «من ردّ ضالّة فلان فله كذا» استحقّه الرادّ على القائل، ولو قال: «قال فلان: من ردّ عبي فله كذا» فلا شيء للرادّ على القائل، وأمّا المالك فإن كذب القائل عليه فلا شيء عليه أيضاً، وإن صدّق استحقّ عليه كما قاله البغوي، وكأنّه كما

(١) في (ن) «بشرط».

(٢) يطر «أسى المطالب» (٢/٤٣٩).

قال الشيخان^(١): إذا كان المُخِيرُ مِمَّنْ يُعْتَمَدُ قَوْلُهُ، وَإِلَّا فَكَمَا لو رَدَّه غيرَ عالمٍ بِإِذْنِهِ، أَي: إِلَّا أَنْ يَعْتَقِدَ الرَّادُّ صِدْقَهُ فِيمَا يَظْهَرُ.

وفي ذِكْرِ^(٢) الضَّالَّةِ إشارةً إلى جَوَازِ كَوْنِ الْعَمَلِ مَجْهُولًا، وَلَا خِلَافَ فِيهِ، لَكِنْ مَحَلَّهُ فِيمَا يَعْسُرُ ضَبْطُهُ، أَمَّا مَا يَسْهُلُ ضَبْطُهُ فَيَجِبُ، فَنِي بِنَاءِ حَائِطٍ يَذْكُرُ مَوْضِعَهُ وَطَوْلَهُ وَعَرْضَهُ وَارْتِفَاعَهُ وَمَا يُبْنَى بِهِ، وَفِي الْخِيَاطَةِ يُعْتَبَرُ وَصْفُ الثَّوبِ وَالْخِيَاطَةِ، صَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي وَابْنُ يُونُسَ وَابْنُ الرَّفْعَةِ وَالسَّبْكِ وَغَيْرُهُمْ^(٣)، لَكِنْ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٤) وَ«أُضْلِهَا»^(٥) عَنْ بَعْضِ التَّصَانِيفِ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْعَمَلُ مَضْبُوطًا فَهُوَ إِجَارَةٌ، وَإِلَّا فَجِعَالَةٌ؛ أَي: وَقَدْ جَرَى عَقْدٌ يَصْلُحُ لِكُلِّ مِنْهُمَا، وَإِلَّا فَمَعَ ضَبْطُهُ قَدْ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا الْإِجَارَةُ نَحْوُ: «اسْتَأْجَرْتُكَ لَكَذَا»، يَقُولُ: «قَبِلْتُ»، أَوْ الْجِعَالَةُ نَحْوُ: «إِنْ فَعَلْتَ لِي كَذَا فَلَكَ كَذَا»؛ إِذِ الْإِجَارَةُ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ، وَبِمَا نَقَلَاهُ صَرَّحَ الْإِمَامُ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا مِنَ الْإِمَامِ تَفْرِيعٌ عَلَى اخْتِيَارِهِ أَنَّ الْعَمَلَ فِي الْجِعَالَةِ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا، لَكِنْ صَحَّحَ الشَّيْخَانِ خِلَافَهُ^(٦). انْتَهَى.

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جِعَالَةً أَيْضًا، وَلَا يَخْفَى إِشْكَالُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ صِلَاحِيَّةُ الْعَقْدِ لِكُلِّ مِنْهُمَا كَمَا تَقَرَّرَ، فَحَمَلُهُ عَلَى إِحْدَاهُمَا بِخُصُوصِهِ تَرْجِيحٌ بَلَا مُرْجِحٍ، وَوَقَفَهُ إِلَى أَنْ يَصْرِفَاهُ إِلَى إِحْدَاهُمَا لَا نَظِيرَ لَهُ فِي الْعُقُودِ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُرَادَ أَنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى مَا نَوَاهُ بِهِ مِنْهُمَا، وَيَبْقَى الْكَلَامُ حَالَةَ الْإِطْلَاقِ، فَلْيُتَأَمَّلْ.

(١) «الشرح الكبير» (١٩٧/٦)، و«روضة الطالبين» (٢٦٩/٥).

(٢) فِي (هـ): «ذَكَرَ رَدَّ». (٣) يَنْظُرُ: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٤٤٠/٢).

(٤) «روضة الطالبين» (٢٧٥/٥). (٥) «الشرح الكبير» (٢٠٤/٦).

(٦) يَنْظُرُ: «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٤٤٤/٢).

(فَإِذَا رَدَّهَا) أي: الضَّالَّةُ إلى مالِكها، أو خاطَ الثَّوبَ، أو بَنَى الجِدَارَ، أو عَلَّمَ الصَّبِيَّ مَنْ عَيْنَهُ الشَّارِطُ في نحوِ «رَدَّ ضَالَّتِي وَلَكَ كَذَا»، أو مَنْ عَلِمَ بِشَرْطِهِ بِسَمَاعِهِ مِنْهُ أو بغيره^(١) في نحوِ: «مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ كَذَا» (اِسْتَحَقَّ ذَلِكَ الْعَوَضَ الْمَشْرُوطَ) فلا يَسْتَحِقُّهُ بَدُونِ ذَلِكَ، كَأَنْ جَاءَ بِالْأَبِيِّ فَمَاتَ عَلَى بَابِ دَارِ مَالِكِهِ، أَوْ غُصِبَ مِنْهُ أَوْ هَرَبَ، وَكَذَا لَوْ خَاطَ نِصْفَ الثَّوبِ وَاحْتَرَقَ، أَوْ بَنَى بَعْضَ الْجِدَارِ فَانْهَدَمَ، كَمَا ذَكَرَهُ فِي «الرَّوَضَةِ»^(٢) عَنِ الْأَصْحَابِ.

ومحلُّه كما قال شيخُ مشايخنا^(٣): إِذَا لَمْ يَقَعْ الْعَمَلُ مُسْلِمًا، وَإِلَّا فَلَهُ أَجْرُهُ مَا عَمِلَ؛

* لقوله فيها^(٤) كأصلها^(٥): لَوْ قَالَ: «إِنْ عَلَّمْتَ هَذَا الصَّبِيَّ الْقُرْآنَ فَلَكَ كَذَا» فَعَلَّمَهُ بَعْضَهُ، ثُمَّ مَاتَ الصَّبِيُّ اسْتَحَقَّ أَجْرَهُ مَا عَمِلَهُ؛ لَوْ قَوَّعَهُ مُسْلِمًا بِالتَّعْلِيمِ، بِخِلَافِ رَدِّ الْأَبِيِّ.

* ولقول القمُولي: لَوْ تَلَفَ الثَّوبُ الَّذِي خَاطَ بَعْضَهُ، أَوِ الْجِدَارُ الَّذِي بَنَى بَعْضَهُ بَعْدَ تَسْلِيمِهِ إِلَى الْمَالِكِ اسْتَحَقَّ أَجْرَهُ مَا عَمِلَ^(٦). أي: بِقِسْطِهِ مِنَ الْمُسَمَّى.

وكذا بِقَدْرِ مِثْلِهِ فِيْمَا قَبْلَهَا؛ لِتَوْافِقِ قَوْلِ ابْنِ الصَّبَّاحِ وَالتَّمْتُولِيِّ فِي مَسْأَلَةِ الْقَمُولِيِّ: اسْتَحَقَّ مِنَ الْمُسَمَّى بِقَدْرِ مَا عَمِلَ، وَقَوْلِ الشَّيْخَيْنِ: لَوْ قَطَعَ الْعَامِلُ بَعْضَ الْمَسَافَةِ لَرَدَّ الْأَبِيُّ ثُمَّ مَاتَ الْمَالِكُ فَرَدَّهُ إِلَى الْوَارِثِ اسْتَحَقَّ مِنَ الْمُسَمَّى بِقَدْرِ عَمَلِهِ فِي الْحَيَاةِ.

(٢) «روضة الطالبين» (٥ / ٢٧٤).

(١) فِي (هـ): «غَيْرِهِ».

(٤) «روضة الطالبين» (٥ / ٢٧٤).

(٣) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢ / ٤٤٣).

(٦) فِي (ج): «عَمَلِهِ».

(٥) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٦ / ٢٠٣).

وقولهما في الإجارة في موضع: لو خا طَ بعض الثوبِ واحترقَ، وكان بحضرة المالك أو في ملكه، استحقَّ أجره ما عملَ بقسطه من المسمى لوقوع العملِ مُسلِّماً.

وفي موضع آخر: لو اكترأه لخيطة ثوبٍ فخا طَ بعضه واحترقَ، وقلنا: بنفسِخُ العقد، فله أجره مثل عمله، وإلا فقسطه من المسمى، أو لحملِ جرة فزلقَ في الطريقِ فانكسرت؛ فلا شيء له.

والفرق أن الخيطة تظهر على الثوب فوقَ على العملِ مُسلِّماً بظهور أثره، والحمل لا يظهر أثره على الجرة، وبما قالاه عليم أنه يُعتبر في وجوب القسط في الإجارة وقوع العملِ مُسلِّماً وظهور أثره على المحل، ومثلها الجعالة. انتهى.

قلت: ما تقدّم في تعليم الصبي محله في الحر كما في «الكفاية»^(١)، وارتضاء غيره؛ لأن العمل يقع مُسلِّماً، أمّا لو كان عبداً فلا بدّ في استحقاق القسط من تسليمه للسيد قبل موته، أو كون التعليم بحضرته أو في ملكه، وينبغي أن يكون القول بالانفساخ في مسألة الاكتراء لخيطة ثوبٍ فخا طَ بعضه واحترق مبنياً على أن المستوفى به لا يجوز إبداله (ومقابله مبنياً على جواز إبداله)^(٢).

وقد اختلف ترجيح الشيخين في ذلك، والعمل على الجواز، وهو ما رجّحاه في «المحرر» و«المنهاج»^(٣)، وتفريع القسط من المسمى في هذه المسألة على القول بعدم الانفساخ مُشكّل مع المجزم به في مسألة الجدار وردّ الأبق قبلها، فأبي فارق بينهما وبينها، فالأوجه أن يُفرعَ فيهما على ذلك أيضاً.

(١) «كفاية البية في شرح التنبيه» (١١/٣٢٦).

(٢) ليس في (هـ)، (ن).

(٣) «المنهاج الطالبين» (ص ١٦٠).

وقد يُتوهم من قول الشيخين في الفرق السابق وقوع العمل مُسَلِّماً بظهور أثره أن ظهور الأثر كافٍ في وقوعه مُسَلِّماً، وليس مراداً، بدليل ما تقدّم عن القمُولي من تقييد استحقاق الأجرة في مسألة الثوب والجدار بكون التلف بعد التسليم إلى المالك، وقولهما في باب الإجارة فيما لو قصر الأجير أو صبّغه ثم تلف بعد القصاره والصبيغ أنه إن انفرد باليد سقطت أجرته، وإن عمل في ملك المستأجر أو بحضرته لم تسقط؛ لأن يد المستأجر عليه وقوع العمل فيه مُسَلِّماً أولاً فاولاً، فيؤول قولهما هنا على أن المراد أن وقوع العمل مُسَلِّماً إلى المالك بإقباضه أو كونه بحضرته إنما يُعتدّ به فيما يظهر أثره على المحل.

أي: بأن يحصل للمحل منه وصف حقيقي، وإن لم يكن محسوساً كالخياطة والتعليم، بخلاف ما لا يظهر أثره عليه كما في مسألة الجرّة، فإن حصولها في ذلك المحل أثر للعمل ووصف حصل لها بسببه، لكنّه اعتباري لا حقيقي فلا اعتداد به.

وقضية ذلك عدم استحقاق القسط في مسألة الجرّة، وإن كان كسرّها بعد تسليمها إلى المالك؛ لأن مجرد التسليم لا يكفي في استحقاق القسط، بل لا بدّ معه من ظهور الأثر على المحل كما تقدّم ولم يوجد هنا، وإلّا لم يصح الفرق بين مسألة الجرّة وغيرها كما لا يخفى.

ومن هنا يُشكّل ما أفتى به شيخنا الشهاب الرملّي فيما لو كازى على حمل متعة إلى مكة مثلاً في البحر أو البر من أنّها إن تلفت في أثناء الطريق بنحو غرق أو نهب لم يستحق الأجير القسط؛ لعدم وقوع العمل مُسَلِّماً، بخلاف ما لو تلف حاملها دونها كأن غرقت السفينة أو ماتت الإبل الحامل وسلمت هي فيهما وتسلمها المالك أو نائبه في محل التلف، فيستحق القسط؛ لوقوع العمل مُسَلِّماً.

ووجه إشكاله أنه أوجب القسط في الشق الثاني بمجرد وقوع العمل مُسَلِّماً مع أنه لا يكفي كما تقرر بل لابد معه من ظهور أثره على المحل ولم يوجد كما تبين، ولو صحَّ التزام وجوده في هذه الحالة وجب التزامه أيضاً في الشق الأول فيما لو كان التلّف بعد التسليم إلى المالك، وصريح كلامهم بخلافه كما تبين في مسألة الجرّة، اللهم إلا أن يُفرّق بينهما بأن هذا الأثر لَمَّا ضعفت بكونه اعتبارياً اعتدّ به عند سلامة العين لتقويه حينئذ لا مطلقاً.

ويرد عليه بعد الاحتياج في ذلك إلى سند من كلامهم: أنه إن اعتبرت السلامة إلى تسليم المالك فهي موجودة فيهما، أو لا إلى غاية، أو إلى غاية معينة كوصول المقصد فهي في غاية البعد تحتاج إلى معنى صحيح يُعَضِّدُه، ولا يخفى أن قياس ما أفتى به أنه لو اُكْتَرَى دابة للركوب إلى موضع فماتت في أثناء الطريق وجب القسط؛ إذ الراكب هنا كالأمتعة فيما قاله، وظاهر ما قالوه في مسألة الجرّة عدم الوجوب، وأن جميع ما تقرر في مسائل الإجارة يجري نظيره في مسائل الجعالة، فليُتَأَمَّل.

ولو اختار العامل ترك العمل في أثناءه كأن خاط نصف الثوب أو بنى بعض الجدار، ثم ترك الباقي لم يستحق شيئاً إلا أن يقع مُسَلِّماً فيستحق أجره ما عمل بقسطه من المُسَمَّى كما صرح بذلك شيخ مشايخنا^(١).

ولك أن تتوقف في استحقاقه حينئذ؛ لأنه امتنع من العمل باختياره ولم يحصل غرض المُلتزم، وقد قالوا فيما لو فسّخ العامل في أثناء العمل لا بسبب زيادة المالك في العمل أو نقصه من الجعل أنه لا يستحق شيئاً، وعلّوه بأنه

(١) وأسى المطالب (٢/ ٤٤٢)

امتنع باختياره ولم يحصل غرض الملتزم، وظاهره أنه لا فرق فيه بين أن يقع ما عمله مُسَلِّمًا أو لا، وبه صرح شيخ مشايخنا إلا أن يُفَرَّقَ بين ما معه رفع العقد وما ليس معه ذلك؛ لأن الإعراض في الأول أتم، والمُنافاة فيه للمقصود أشد، وقد يوجه بأنه هناك أيسر من عمل يستند إلى العقد الموجب بخلافه هنا، فإنَّ العقد باقٍ وهو بسبيل من أن يعمل لأجله، فليُتَأَمَّل.

وخرج بإسناد الرد إليه: ردُّ غيره، فلا يستحقُّ به شيئًا، نعم ردُّ عبده ومن قصده إعانته وكذا وكيله فيما عجز عنه أو لم يلحق به إن كان هو معيَّنًا ومُطلقًا إن لم يكن معيَّنًا كرده، وظاهر كلامهم أنه يستحقُّ بعمل من قصده إعانته وإن كان هو معيَّنًا لم يعجز عن ذلك^(١)، وقد لاق به، فيحتمل أن يُفَرَّقَ بين المُعَيَّن والوكيل، ويحتمل أن يسوَّى بينهما فيقيَّد بما إذا عجز أو لم يلحق به^(٢).

والفرق أظهر إن كانت مسألة الإعانة مفروضة فيما إذا شاركه في العمل ولم ينفرد المُعَيَّن، كما هو قضية تعبير «المنهاج»^(٣) وغيره فيها بالمشاركة في العمل؛ لأنَّ الوكيل ينفرد باليد، بخلاف المُعاون.

واستنبط الشبكي في مسألة الإعانة المذكورة جواز الاستنابة في الإمامة ونحوها بشرط أن يستناب مثله أو خيرًا منه، ويستحقُّ كلَّ المعلوم. قال: وإن أفتى ابنُ عبد السلام والنووي بخلافه^(٤). انتهى.

ولك أن تُفَرَّقَ بينهما بأنَّ النَّائب ينفرد بالعمل في مسألة الإمامة، ولا كذلك في مسألة الإعانة على ما تقدَّم.

(١) في (هـ): «ذلك العمل».

(٢) من (هـ).

(٣) «مهاج الطالبين» (ص ١٧٩).

(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤١).

ولو قال: «أَوَّلُ مَنْ يَرُدُّ أَبْقَى فَلَهُ دِينَارٌ» فَرَدَّهُ اثْنَانِ؛ اسْتَحَقَّ الدِّينَارَ.

وقال الشُّبَكِيُّ: ولو قال: «أَيُّ رَجُلٍ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ» فَرَدَّهُ اثْنَانِ قَسَطَ الدِّينَارَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْأَقْرَبِ عِنْدِي.

ولو كان الْآبِيُّ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَثْلَانًا فَجَعَلَ لِمَنْ رَدَّهُ دِينَارًا بِالسَّوِيَةِ صَحَّ، وَلَيْسَ تَبَرُّعًا عَلَى صَاحِبِ الثَّلَاثِينَ بِسُدُسِ الْجُعْلِ، وَلَوْ لَمْ يُصَرِّحَا بِالسَّوِيَةِ، قَالَ الْقَاضِي: هَلْ يَسْتَحِقُّ رَادُّهُ الدِّينَارَ عَلَى قَدْرِ النَّصِيبِ أَوْ بِالسَّوِيَةِ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ أَصْحُهُمَا أَوَّلُهُمَا.

ولو قال أَحَدُ شَرِيكَيْنِ فِي عَبْدٍ: «مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ» فَرَدَّهُ شَرِيكُهُ أَوْ غَيْرُهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ جَمِيعَ الدِّينَارِ؛ لِأَنَّ إِضَافَةَ الْعَبْدِ إِلَيْهِ لِلتَّعْرِيفِ وَالْمُجَاعِلَةِ عَلَى مَلِكِهِ مِنْهُ، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ: «عَذْتُ بِنَفْسِي»، وَقَالَ الْعَامِلُ: «بَلْ رَدَدْتُكَ» صُدِّقَ الْمَالِكُ بِبَيْعِهِ، ذَكَرَهُ فِي «الْأَنْوَارِ»^(١).

ولو اِخْتَلَفَا فِي سَمَاعِ الْعَامِلِ النَّدَاءَ فَالْمُصَدِّقُ الْعَامِلُ، وَيُدُّ الْعَامِلُ عَلَى مَا تَقَعُ عَلَيْهِ يَدُ أَمَانَةٍ، فَلَوْ تَرَكَ الدَّابَّةَ بَعْدَ وَضْعِ يَدِهِ عَلَيْهَا ضَمِنَ، وَمَوْئِنَةُ الْمَرْدُودِ عَلَى الْمَالِكِ، فَلَوْ أَنْفَقَ الْعَامِلُ عَلَيْهِ بِلَا إِذْنٍ مِنَ الْحَاكِمِ، وَلَا إِشْهَادٍ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْحَاكِمِ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ.



(فصل) في المزارعة

وهي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك.

(وَإِذَا دَفَعَ) أَحَدٌ (إِلَى رَجُلٍ) مَثَلًا (أَرْضًا) وَبَذَرَا لَهُ (لِيزْرَعَهَا) بِهِ (وَشَرَطَ لَهُ) فِي مَقَابِلَةِ عَمَلِهِ (جُزْءًا مَعْلُومًا مِنْ رَيْعِهَا) وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الزَّرْعِ بِأَنْ عَاقَدَهُ عَلَى ذَلِكَ (لَمْ يَجْزْ) ذَلِكَ الْعَقْدُ أَي: يَحْرُمُ وَلَا يَصَحُّ؛ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْهَا كَمَا فِي مُسْلِمٍ^(١).

وكالمزارعة المُخَابَرَةُ وهي هذه المعاملة لكن البذر من العامل؛ وذلك لِلنَّهْيِ عَنْهَا فِي الصَّحِيحَيْنِ^(٢)، فَإِنْ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا وَعَمِلَ الْعَامِلُ فَالْغَلَّةُ لِمَنْ لَهُ الْبَذَرُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَالِكِ كَمَا فِي الْمَزَارَعَةِ فَلِلْعَامِلِ عَلَيْهِ أَجْرُهُ مِثْلَ عَمَلِهِ وَأَجْرُهُ الْآلَاتِ كَالْبَقْرِ إِنْ كَانَتْ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْمَلْ مَجَانًّا، وَإِنْ كَانَ لِلْعَامِلِ كَمَا فِي الْمُخَابَرَةِ فَلِلْمَالِكِ الْأَرْضُ عَلَيْهِ أَجْرُهُ مِثْلِهَا، وَإِنْ كَانَ لهُمَا^(٣) فَلِكُلِّ مِنْهُمَا عَلَى الْآخِرِ أَجْرٌ مِثْلُ مَا انْصَرَفَ مِنْ مَنَافِعِهِ إِلَى حِصَّةِ صَاحِبِهِ.

فَلَوْ تَسَلَّمَ الْعَامِلُ الْأَرْضَ ثُمَّ عَطَّلَهَا فَإِنْ زَارَعَهُ عَلَى أَنْ الْبَذَرَ مِنَ الْمَالِكِ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُزَارِعِ لِتَعْطِيلِهِ، وَإِنْ شَرَطَ عَلَى الْعَامِلِ فَعَلَيْهِ أَجْرُهُ مَدَّةَ التَّعْطِيلِ، وَإِنْ شَرَطَهُ عَلَيْهِمَا لِرَمَةِ نَصْفِ أَجْرَةِ الْأَرْضِ، فَإِنْ عَمِلَ بَعْضُ الْعَمَلِ كَحَرْثِهَا ثُمَّ رَدَّهَا عَلَى الْمَالِكِ لَمْ يَسْتَحِقَّ بِعَمَلِهِ شَيْئًا إِنْ شَرَطَ الْبَذَرَ عَلَى الْعَامِلِ، فَإِنْ شَرَطَهُ

(١) «صحيح مسلم» (١٥٤٩).

(٢) «صحيح البخاري» (٢٣٨١)، و«صحيح مسلم» (١٥٣٦).

(٣) فِي (هـ) «لِكُلِّ مِنْهُمَا».

على المالك لزمه للعامل أجره عمله؛ أي: إن وقع مُسَلِّمًا فيما يظهر؛ أخذًا مما تقدّم بيّنه في الجعالة، وإن كان منهما وجب له على المالك نصف أجره عمله وعليه لصاحب الأرض كراء مثل نصف الأرض في المدة التي بقيت الأرض في يده، قاله ابن القاصّ تخريجًا.

وما أفتى به النووي فيمن زرع على أرضه بجزء من الغلة، فعمل العامل أكثر الأرض: «من أنه إن كان قد تسلّم الأرض من المالك فعليه أجره ما عطّله منها» غلّطه التاج القراري بما في «البحر» من أنه لا شيء عليه، وما تقرّر من بطلان كل من المزارعة والمخابرة هو المذهب.

واختار النووي في «الروضة»^(١) تبعًا لجمع من أكابر الأصحاب جوازهما، وحمل أخبار النهي على ما إذا شرط لأحدهما زرع قطعة معينة وللآخر أخرى. ومحل بطلان المزارعة إذا أفردت عن المساقاة، فإن وقعت تبعًا لها ولو على زرع موجود لم يند صلاحه صحّت، وعليه حملوا معاملته^(٢) عليه السلام أهل خير بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع إن كانت على البياض المتخلل بين شجر المساقاة واتّخذ العقد والعامل بأن يكون عامل أحدهما هو عامل الأخرى، وإن تعدّد وعسّر أفراد الشجر بالسقي والبياض بالمزارعة.

وقد قدّمت المساقاة على المزارعة بأن يقول: «ساقيتك وزارعتك»، فإن عكس أو فصل بينهما لم يصحّ والمعاملة تعمّهما، فلو قال: «عاملتك على هذا الشجر والبياض بالنصف أو بنصف الثمرة ورُبع الزرع أو بالعكس» جاز، ولو شرط البقر على العامل جاز، وكان المالك أكثره وبقره، ويُسَرَطُ كما قال

(١) «روضة الطالبين» (٥/١٦٨).

(٢) رواه البخاري (٢٢٨٥)، ومسلم (١٥٥١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

الدَّارِمِيَّ بَيَانُ مَا يَزْرَعُهُ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ فِي إِجَارَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرْعَةِ؛ لِأَنَّهُمَا هُنَا شَرِيكَانِ فِي الزَّرْعِ^(١).

(وَإِنْ أَكْتَرَاهُ^(٢)) أَي: اكْتَرَى صَاحِبُ الْأَرْضِ وَالْبَذْرِ رَجُلًا مِثْلًا لِيَزْرَعَهَا بِهِ، سِوَاهُ اكْتَرَاهُ لِذَلِكَ مَعَ آتِيهِ كَالْبَقْرِ بِأَنْ جَعَلَ الْأَجْرَةَ فِي مُقَابَلَةِ مَنْفَعَتِهِ وَمَنْفَعَةِ آتِيهِ، أَوْ بِدُونِهَا بِأَنْ أَتَى بِهَا الْمَالِكُ أَوْ تَبَرَّعَ هُوَ بِهَا عَلَى الْمَالِكِ (بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ) أَوْ نَحْوِهِمَا مِنْ كُلِّ مَتَمَوْلٍ مَعْلُومٍ مُقَدَّرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ، مَعِيْنًا كَانَ أَوْ فِي الذِّمَّةِ.

(أَوْ سَرَطَ لَهُ) بِأَنْ ذَكَرَ فِي عَقْدِ الْاِكْتِرَاءِ عَلَى وَجْهِ الْعَوَضِ لِذَلِكَ الرَّجُلِ (طَعَامًا) مَتَمَوْلًا (مَعْلُومًا) مُقَدَّرًا بِأَلَّا يَجْعَلَ مِنْ ذَلِكَ الزَّرْعِ، سِوَاهُ أَكَانَ مِنْ جَنْبِهِ أَمْ مِنْ غَيْرِهِ، وَسِوَاهُ أَكَانَ مَعِيْنًا أَمْ (فِي ذِمَّتِهِ جَارًا) وَفِي بَعْضِ النُّسخ: «وَإِنْ أَكْرَاهُ إِيَّاهَا» أَي: الْأَرْضَ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ الْخ، وَهُوَ صَحِيحٌ فِي نَفْسِهِ إِلَّا أَنْ مُقَابَلَةَ صَدْرِهِ لِمَا قَبْلَهُ لَا تَنَاسِبُ السِّيَاقَ كَمَا لَا يَخْفَى.

وَقَدْ ذَكَرَ الْأَصْحَابُ صُورًا لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الزَّرْعِ عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ بِدُونِ رَجُوعٍ لشيءٍ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ مِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْمَالِكِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْعَامِلَ بِنُصْفِهِ لِيَزْرَعَ لَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ وَيُعِيرَهُ نِصْفَهَا، أَوْ بِنُصْفِهِ وَنِصْفَ مَنْفَعَةٍ^(٣) تِلْكَ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ لَهُ بَاقِيَهُ فِي بَاقِيهَا، وَمِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ نِصْفَ الْأَرْضِ بِنُصْفِ مَنْفَعَتِهِ وَمَنَافِعِ الْتَوْنِ وَنُصْفِ الْبَذْرِ، أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنُصْفِ الْبَذْرِ وَيَتَبَرَّعَ بِالْعَمَلِ وَالْمَنَافِعِ.



(١) يُنْظَرُ: «أَسْنَى الْمُطَالِب» (٤٠٢/٣).

(٢) فِي «ك»: «أَكْرَاهُ».

(٣) مِنْ (هـ).

(فصل) في إحياء الموات

والموات: هو الأرض التي لم تُعمَّر، أو عُمرت جاهليَّة؛ أي: ولم يُعلم مالكها ولا هي حريمٌ لمعمور، ولا يُشترطُ في نفْيِ العِمارة التَّحَقُّق، بل يكفي عدمُ تحقُّقها بالأبْرَى أثرها ولا دليلَ عليها من أصولِ شجرٍ ونهرٍ وجُدُرٍ وأثافٍ وأوتادٍ ونحوها، لكن المصنَّفُ أرادَ به الأرضَ مُطلقاً بدليلِ شرطه الثاني الآتي.

قال الجُورِيُّ: مواتُ الأرضِ صارَ ملكاً للشارعِ ثُمَّ رَدَّه على أُمَّتِهِ^(١).

أي: لخبرِ الشافعي^(٢) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي» أي: أَيْهَا الْمُسْلِمُونَ.

(وَإِخْيَاءُ الْمَوَاتِ) ولو مواتِ الحَرَمِ إِلَّا مَوَاقِفَ الْحِجِّ؛ كَعَرَفَةَ، وَمِنَى، وَغَيْرَهُمَا أَي: الْأَرْضَ بِالْعِمَارَةِ بِالْصُّفَةِ الْآتِيَةِ (جَائِزٌ) مَفِيدٌ لِمَلِكِهِ بَلْ يُسْتَحَبُّ؛ لِأَخْبَارِ كَخَبَرِ: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا» رواه البخاري^(٣)، وَخَبَرِ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعَرِيقٍ ظَالِمٌ حَقٌّ» رواه الترمذي^(٤) وَحَسَنَهُ، وَخَبَرِ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ، وَمَا أَكَلَتِ الْمَوَاتِي مِنْهَا فَهُوَ صَدَقَةٌ» رواه النسائي^(٥) وَغَيْرُهُ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ حَبَّانَ^(٦).

(١) ينظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٥/٤٠٨).

(٢) «مسند الشافعي» (ص ٣٨٢) عن طاووس مرسلاً.

(٣) «صحيح البخاري» (٢٣٣٥) من حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

(٤) «جامع الترمذي» (١٣٧٨) من حديث سعيد بن زيد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٥) «السنن الكبرى» للنسائي (٥٧٢٥) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٦) «صحيح ابن حبان» (٥٢٠٢).

والعَوَافِي: طَلَّابُ الرِّزْقِ.

وإنَّما يجوزُ إحياءُ مَوَاتِ الإسلامِ (بِشَرَطَيْنِ):

أحدهما: (أَنْ يَكُونَ الْمُحْيِي مُسْلِمًا) ولو غيرَ مَكْلَفٍ، فليس لِذِمَّتِي ذلكَ ولو بإِذْنِ الإمامِ، بخلافِ الاصطِيَادِ والاحتطابِ والاحتشاشِ؛ لأنَّ ذلكَ يخلفُ ولا يتضرَّرُ به المُسلمونَ، فهو جائزٌ له كما يجوزُ له نَقْلُ التُّرابِ مِنْ مَوَاتِ دارِ الإسلامِ إذا لم يتضرَّرْ به المُسلمونَ، والمُستَأْمَنُ كَالذِّمِّيِّ، والحَرْبِيُّ مَمْنُوعٌ مِنْ جَمِيعِ ذلكَ، قال المُتَوَلَّى: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَخَذَهُ مَلَكُهُ^(١).

(و) الثَّانِي: (أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ) وهي المَوَاتُ الذي أُرِيدَ إحياءُهُ (حُرَّةً) أَي: (لَمْ يَجْرَ عَلَيْهَا) يعني: لم يَعْلَمْ أَنَّهُ جَرَى (مِلْكٌ) لِأَحَدٍ وَلَوْ بِالتَّبَعِيَّةِ لِمَا يَمْلِكُهُ كحَرِيمِهِ لَا (لِلْمُسْلِمِ) وَلَا لِغَيْرِهِ إِلَّا جَاهِلِيًّا لم يَعْرِفْ بَأَنِّ عِلِمَ أَنَّهُ لم يَجْرَ عَلَيْهَا مِلْكٌ، أو لم يَعْلَمْ أَنَّهُ جَرَى عَلَيْهَا، أو عِلِمَ أَنَّهُ جَرَى عَلَيْهَا لِجَاهِلِيٍّ مَجْهُولٍ بِأَلَّا تَكُونَ مَعْمُورَةً فِي الْحَالِ وَكَانَتْ مَعْمُورَةً مِنْ قَبْلِهِ وَلَمْ يُعْرِفْ مَالِكُهَا وَالْعِمَارَةُ جَاهِلِيَّةٌ وَلَمْ يُعْلَمْ كَيْفِيَّةُ دُخُولِهَا فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ، وكذا لو شَكَّ فِي أَنَّهَا لِجَاهِلِيٍّ كَذَلِكَ أو لِغَيْرِهِ فِي أَحَدٍ وَجِهَيْنِ مَشَى عَلَيْهِ فِي «الْأَنْوَارِ»^(٢).

وقد يُنظَرُ فِيهِ بَأَنِّ الْأَصْلَ احْتِرَامَ الْعِمَارَةِ عَنِ الْإِحْيَاءِ مَا لَمْ يُعْلَمْ الْمُسَوِّغُ، بخلافِ مَا لو عِلِمَ أَنَّهُ جَرَى عَلَيْهَا مِلْكٌ لِمُسْلِمٍ أو لِغَيْرِهِ وَإِنْ جُهِلَ، أو لِجَاهِلِيٍّ لم يُجْهَلَ بَأَنِّ كَانَتْ مَعْمُورَةً فِي الْحَالِ أو مِنْ قَبْلُ فَقَطْ وَعُرِفَ مَالِكُهَا مُطْلَقًا، أو جُهِلَ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ، فهي لِمَالِكِهَا مِنْ مُسْلِمٍ أو لِغَيْرِهِ أو وَارِثِهِ إِنْ عُرِفَ.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤٥).

(٢) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ١٨٠-١٨١).

وَلَا تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ إِلَّا إِنْ كَانَ كَافِرًا وَأَعْرَضَ عَنْهَا قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، فَتَمْلِكُ بِهِ كَمَا قَالَ الْمَاوَزِدِيُّ^(١) وَابْنُ الرَّفْعَةِ^(٢)، وَلَا يُنَافِي ذَلِكَ كَوْنُ الْكَلَامِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ وَلَوْ حَرْبِيًّا يُتَصَوَّرُ مَلِكُهُ فِيهَا، وَإِلَّا فَلَهَا حَكْمُ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَالْأَمْرُ فِيهَا إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ، فَإِنْ رَأَى حِفْظَهَا إِلَى أَنْ يَظْهَرَ مَالُهَا فَعَلَّ، وَإِنْ رَأَى بَيْعَهَا وَحَفَظَ ثَمَنَهَا فَعَلَّ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَقْرِضَهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ^(٣).

وَهَلْ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهَا مَنْ يَعْمُرُهَا أَيْ: عَلَى وَجْهِ الْارْتِفَاقِ دُونَ الْمَلِكِ فِيمَا يَظْهَرُ؟ وَجَهَانِ حَكَاهُمَا الْمَاوَزِدِيُّ^(٤)، وَرَجَّحَ الرُّوْيَانِيُّ الْجَوَازَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَ الْمَالُ بَعْدَ بَيْعِ الْحَاكِمِ فَبَيْعُهُ مَاضٍ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الثَّمَنُ، فَإِنْ لَمْ تُرَجَّ مَعْرِفَةُ مَالِهَا فَتَصَرَّفُهَا بَيْتُ الْمَالِ، وَيَجْرِي ذَلِكَ فِي كُلِّ مَالٍ ضَائِعٍ كَمَا قَالَ الشَّيْخُ عَزَّ الدِّينُ فِي «الْقَوَاعِدِ»^(٥)، وَذَكَرَ مِثْلَهُ الْإِمَامُ فِي بَابِ قَسَمِ الْفَيْءِ، فَعَلِمَ أَنَّ لِلْمَالِ الضَّائِعِ حَالَانِ، وَمَا لَوْ جَرَى عَلَيْهَا مَلِكٌ جَاهِلِيٌّ مَجْهُولٌ لَكِنْ عِلِمَ كَيْفِيَّةُ دُخُولِهَا فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ الْإِمَامُ: فَإِنْ حَصَلَتْ بِقِتَالٍ فَلِلْغَانِمِينَ، وَإِلَّا فَفِيءٌ وَحِصَّةٌ لِلْغَانِمِينَ تَلْتَحِقُ بِمِلْكِ الْمُسْلِمِ الَّذِي لَا يُعْرَفُ. انْتَهَى.

وَبِمَا تَقَرَّرَ عُلِمَ أَنَّهُ لَوْ غَرَّقَ الْمَاءُ الْأَرْضَ فَصَارَتْ بَحْرًا، أَوْ رَكِبَهَا رَمْلٌ أَوْ تَرَابٌ بِأَيِّ لَوْنٍ كَانَ فَهِيَ عَلَى حُكْمِهَا، حَتَّى لَوْ زَالَ الْمَاءُ وَالتُّرَابُ عَنْهَا فَهِيَ لِأَرْبَابِهَا، بَلْ إِنْ كَانَ الرَّمْلُ أَوْ التُّرَابُ مُبَاحًا أَوْ فِي مَحَلِّ الْأَعْرَاضِ صَارَ لِأَرْبَابِهَا

(١) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (٧/ ٤٧٧). (٢) «كُنَايَةُ النَّبِيِّ فِي شَرْحِ التَّنْبِيهِ» (١١/ ٣٨٠).

(٣) يَنْظُرُ: «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٦/ ٢٠٨). (٤) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (٧/ ٤٧٨).

(٥) «قَوَاعِدُ الْأَحْكَامِ فِي مَصَالِحِ الْأَنْامِ» (٢/ ١٨٠).

تبعاً لها، ولهم مطالبةُ أربابِ الرَّمْلِ أو التُّرابِ بأخذِهِ، وهذا في غايةِ الظُّهورِ، وما ذكروه في ذلك لا يُنافيه.

أَمَّا أَرْضُ دارِ الكُفْرِ فإن كانت معمورةً في الحالِ فلا مدخلَ للإحياءِ فيها، بل هي كسائرِ أموالِهِمْ، وإن لم تكن معمورةً في الحالِ ولا من قبلُ فللكُفَّارِ تملُّكُها بالإحياءِ، وكذا للمُسلمينَ إن كانوا لا يذبُّون المُسلمينَ عنها، فإن كانوا يذبُّونهم عنها لم يملِكُوها بالإحياءِ ولا يملِكُونها بالاستيلاءِ مُطلقاً؛ لأنَّها غيرُ مملوكةٍ لهم حتَّى تملكَ عليهم، نَعَمْ يثبتُ لهم به اختصاصٌ كاختصاصِ المُتَحَجِّرِ، فالغانمونَ أحقُّ بإحياءِ أربعةِ أخماسِهِ وأهلُ الخُمسِ أحقُّ بإحياءِ خُمسِهِ، فإن أعرَضَ الغانمونَ عن إحيائه فأهلُ الخُمسِ أحقُّ به، أو بعضُ الغانمينَ فالباقونَ أحقُّ بما يخصُّهم، أو الغانمونَ وأهلُ الخُمسِ جميعاً فللمُسلمينَ إحياءُ الجميعِ.

وما ذُكِرَ في الشُّقِّ الثَّاني قال الشُّبَكِيُّ: إِنَّمَا يَصِحُّ في الأرضِ التي صُولِحوا عليها على أن تكونَ لهم، وفي أرضِ الهدنةِ، أَمَّا دَارُ الحَرْبِ فمعمورةٌ يملكُ بالاستيلاءِ عليه ومواتها يصيرُ بالاستيلاءِ عليه مُتَحَجِّراً، فكيف لا يملكُ بالإحياءِ؟

ونازَعَهُ بعضهم بأن ما ذكَّره بالاستيلاءِ على معمورِ دارِ الحَرْبِ ومواتها محمولٌ على استيلاءِ عَنوةٍ يصيرُ به من بلادِ الإسلامِ، وكلامُنا في أرضِ بدارِ الحَرْبِ لم يصِرْ من بلادِ الإسلامِ، فلا يَتَّجِعُ إعطاؤها حُكْمَها.

وظاهرٌ أنَّ مرادَ الشُّبَكِيِّ بالإحياءِ مُجرَّدُ العِمارةِ من غيرِ أن يكونَ معها قوةٌ ومنعةٌ وقُدرةٌ على منعيهم من ذلك، فإن كان معها ذلك لم يَتَّجِعْ إِلَّا المِلْكُ بالإحياءِ، وإن لم تكن معمورةً في الحالِ وكانت معمورةً من قبلُ فإن عُرِفَ مالِكُها فكالْمعمورةِ، وإلَّا فكنظيرُها في دارِ الإسلامِ، كذا في «الرَّوَضَةِ»^(١) و«أُضْلِيهَا»^(٢).

(١) «روضة الطالين» (٥/ ٢٧٩)

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٠٨).

وقضية التفصيل بين كون المالك جاهلياً فتُملك بالإحياء، أو غيره فكالمال الضائع كما هو حكم ما بدار الإسلام، لكن الظاهر أنها في الشق الأول كالقسم الثاني المتقدم فيملكها الكافر بالإحياء، وكذا المسلم إن لم يكن يدب عنها، وفي القسم الثاني كبقية أموالهم كما جزم به شيخ مشايخنا^(١) وغيره، فليُأمل.

(وصفة الإحياء) للموات المملوك له (ما) أي: فعل (كان في العادة) بأن يُعدّ فيها (عمارة للمحيا) بفتح الياء من حيث ما قصّد بإحيائه، فإن قصّد مسكناً اشترط تحويطه بنحو أجر ولبن أو طين أو قصب أو خشب بحسب العادة، وسقف بعضه ونصب باب أو زريبة اشترط تحويطاً، وتعلق باب لا تسقيف، أو مزرعة اشترط جمع الثراب أو نحوه حولها، أو عيشتها للزراعة بتسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلي وجرائتها وتليين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق فلا بد منه، وترتيب ماء لها بشق ساقية من نحو نهر أو بئر أو قناة، ولا يُشترط إجراؤه كما في «الروضة»^(٢) و«أصلها»^(٣)، ولا حفر طريقه كما صحّحه^(٤) في «الشرح الصغير»، ولا زراعتها؛ لأنها استيفاء^(٥) منفعتها وهو خارج عن حد الإحياء.

وما تقرّر من أن صفة الإحياء مختلفة باعتبار ما يقصده المحيي ممّا اتفق عليه طرق الأصحاب كما قاله الشيخان^(٦)، وزاد الإمام شيتيني:

أحدهما: أن القصد إلى الإحياء هل يُعتبر لحصول الملك؟ فقال: ما لا يفعله في العادة إلا للملك كبناء الدار واتخاذ البستان فيفيد الملك وإن لم يوجد

(١) «الفرغ البهية» (٣/ ٣٥٢). (٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٩٠).

(٣) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٤٤). (٤) في (ج): «شرحه».

(٥) في (هـ): «لاستيفاء».

(٦) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٤٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٩١).

قصد، وما يفعله المُتملِّك وغيره كحفر البئر في المَوَاتِ وكزراعة قطعة من المَوَاتِ اعتماداً على ماء السماء إن انضمَّ إليه قصد أفاد المِلْك، وإلا فوجهان أي: أصحُّهما أنَّه لا يفيدُه.

وما لا يكتفي به المُتملِّك كتسوية موضع النزول وتنقيته عن الحجارة لا يفيد المِلْك وإن قصده.

وثانيهما: إذا قصد نوعاً وأتى بما يقصد به نوع آخر أفاد المِلْك حتى إذا حوط البقعة ملكها، وإن قصد المسكن؛ لأنه ممَّا يملك به الزرية لو قصدها. قال في «الروضة»^(١): قال الإمام الرافعي رَحِمَهُ اللهُ: أمَّا الكلام الأول فمقبول لا يلزم منه مخالفة الأصحاب، بل إن قصد شيئاً اعتبرنا في كل مقصود ما فصلوه، وإلا نظرنا فيما أتى به وحكمنا بما ذكره، وأمَّا الثاني فمُخَالَفٌ لِمَا ذكره الأصحاب؛ لِمَا فيه من الاكتفاء بأدنى العِمَارَاتِ أبداً. انتهى.

(وَيَجِبُ بِذَلِكَ الْمَاءِ) على مُسْتَحِقِّهِ بِمِلْكٍ؛ كَأَن حَفَرَ بئراً في مَوَاتٍ لِلتَّمْلِكِ، أَوْ فِي مِلْكِهِ، أَوْ انْفَجَرَ فِيهِ عَيْنٌ، أَوْ اخْتِصَاصٌ؛ كَأَن حَفَرَهَا فِي مَوَاتٍ لِلارْتِفَاقِ بِهَا لِغَيْرِهِ إِذَا طَلَبَ بِذَلِكَ.

(بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ):

أحدها: (أَن يُفْضَلَ) مَا طُلِبَ بِذَلِكَ مِنْهُ (عَنْ حَاجَتِهِ) لِنَفْسِهِ وَبِهِمَّتِهِ الْمُحْتَرَمَةِ وَزُرْعِهِ.

(وَالثَّانِي): (أَن يَخْتِاجَ إِلَيْهِ) أَي: إِلَى مَا طُلِبَ بِذَلِكَ (غَيْرُهُ) وَهُوَ الطَّالِبُ لَهُ بَأَلَّا يَجِدَ مَاءً آخَرَ يُسَوِّغُ لَهُ اسْتِعْمَالَهُ وَإِنْ كَانَ مَقِيماً هُنَاكَ (لِنَفْسِهِ، أَوْ لِبِهِمَّتِهِ)

الْمُحْتَرَمَةِ إِنْ كَانَ هُنَاكَ كَلَامٌ مَبَاحٌ يَرَعَى، أَوْ لَهَا، وَقَدْ تَصَدَّقَ بِهِ الْعِبَارَةُ بِجَعْلِ
«أَوْ» لَمَنْعِ الْخُلُوِّ لَا لِنَزْعِهِ.

(و) الثَّالِثُ: (أَنْ يَكُونَ) مَا طُلِبَ بِذَلِكَ (مِمَّا) أَي: مِنَ الْمَاءِ الَّذِي (يُسْتَخْلَفُ)
أَي: يُخْلَفُ مَا أُخِذَ مِنْهُ غَيْرُهُ، وَاحْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْحَاصِلِ مِنْ نَحْوِ مَطَرٍ فِي نَحْوِ بَرْكَةٍ
أَوْ حَوْضٍ، فَلَا يَجِبُ بِذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: (فِي بَيْتٍ أَوْ عَيْنٍ) أَي: سَوَاءٌ كَانَتْ مَمْلُوكَةً أَوْ مَخْتَصَّةً كَمَا تَقْدَمُ
بِخِلَافٍ غَيْرِهِمَا؛ كَالْمَحْفُورَةِ فِي الْمَوَاتِ بِقَصْدِ ارْتِفَاقِ الْمَاءَةِ أَوْ بِلَا قَصْدٍ،
فَمَاؤُهُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَالْحَافِرُ كَأَحَدِهِمَا.

قَالَ الْإِمَامُ: لَوْ قَصَدَ بِالْحَفْرِ أَنْ يَخْتَصَّ بِالْمَاءِ بِقُدْرِ حَاجَتِهِ احْتِمَالُ الْحَاقَةِ
بِقَصْدِ الْاِخْتِصَاصِ، وَاحْتِمَالُ أَلَّا يَلْحَقَ الْفَضْلُ بِالْمَاءِ الْعَدَّ خَبَرٌ ثَانٍ، أَوْ بَدَلٌ مِنَ
الْخَبَرِ، أَوْ حَالٌ مِنَ الْمَجْرُورِ، أَوْ صَمِيرُ الْفَعْلِ فِيهِ.

وَاحْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْمُحَرِّزِ مِمَّا يُسْتَخْلَفُ فِي إِثْنَاءِ وَنَحْوِهِ فَلَا يَجِبُ بِذَلِكَ، وَعَنِ
الْجَدَاوِلِ وَالْأَنْهَارِ الْمَمْلُوكَةِ، وَإِنْ جَارَ الشُّرْبُ وَالْوَضُوءُ وَسَقْيُ الدَّوَابِّ مِنْهُمَا
إِذَا لَمْ يَضُرَّ السَّقْيُ بِمَا لِكَيْهِمَا إِقَامَةٌ لِلْإِذْنِ الْعُرْفِيِّ مَقَامَ اللَّفْظِيِّ، كَمَا قَالَ ابْنُ
عَبْدِ السَّلَامِ، قَالَ: فَإِنْ كَانَ الْمَاءُ قَلِيلًا وَالْإِبِلُ كَثِيرَةً لَمْ تُجْزِ الزِّيَادَةُ عَلَى الْمُعْتَادِ.

وَهَلْ مَرَادُهُ الْمَمْلُوكُ مَاؤُهَا لِأَنَّ الْمُبَاحَ كَالدَّاخِلِ إِلَيْهَا مِنَ الْوَادِي لَا يَفْتَقِرُ
الشُّرْبُ مِنْهُ وَالسَّقْيُ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَالِكِ وَلَمْ يَتَضَمَّنْ اسْتِعْمَالًا لِنَفْسِ النَّهْرِ
وَالْقَنَاءِ إِلَى إِذْنٍ لَا لَفْظِيٍّ وَلَا عُرْفِيٍّ لِبَقَائِهِ عَلَى الْإِبَاحَةِ؟

قَالَ فِي «الرَّوَضَةِ»^(١) كَأَصْلِهَا^(٢): وَيُعْتَبَرُ فِي الْفَاضِلِ الَّذِي يَجِبُ بِذَلِكَ أَنْ

(١) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٥/٣٠٩). (٢) «الشرح الكبير» (٦/٢٣٩).

يَفْضَلُ عَنْ نَفْسِهِ وَمَاشِيَتِهِ وَزَرْعِهِ، زَادَ فِي «الرَّوَضَةِ»^(١): الْمُرَادُ الْفَاضِلُ الَّذِي يَجِبُ بِذَلِكَ لِمَاشِيَةٍ غَيْرِهِ، أَمَّا الْوَاجِبُ بِذَلِكَ لِعَطَشِ آدَمِيِّ مُحْتَرَمٍ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَفْضَلَ عَنِ الْمَزَارِعِ وَالْمَاشِيَةِ. انْتَهَى.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَلَا وَجْهَ لِتَخْصِيصِهِ بِالْآدَمِيِّ، بَلْ كُلُّ حَيَوَانٍ مُحْتَرَمٍ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ؛ لِحُرْمَةِ الرُّوحِ، وَتَعْلِيلُ الْأَصْحَابِ صَرِيحٌ فِيهِ. انْتَهَى.

وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُمْ فِي وَجوبِ الْبَدْلِ لِمَاشِيَةٍ غَيْرِهِ الْفَضْلُ عَنْ مَاشِيَتِهِ وَزَرْعِهِ صَرِيحٌ فِي خِلَافِ مَا قَالَهُ، نَعَمْ إِنْ خَشِيَ هَلَاكَ مَاشِيَةٍ أُخْرَى^(٢) لَوْ قَدَّمَ زَرْعَهُ لَمْ يَبْعُدْ مَا قَالَهُ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ.

وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ زَرْعٌ وَأَرَادَ أَنْ يَزْرَعَ بَعْدَ حُضُورِ مَاشِيَةٍ غَيْرِهِ لِيَصْرِفَ فَاضِلَ الْمَاءِ إِلَيْهِ قَالَ الْإِمَامُ: يَظْهَرُ الْمَنْعُ مِنَ الصَّرْفِ إِلَى الزَّرْعِ، وَإِذَا وَجِبَ الْبَدْلُ فَالْمُرَادُ بِهِ التَّخْلِيَةُ لَا الْاسْتِقَاءَ^(٣) وَإِعَارَةُ آلَتِهِ كَالدَّلْوِ وَالْحَبْلِ.

قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ^(٤): وَعَلَيْهِ تَمَكُّنُ الْمَاشِيَةِ مِنْ حُضُورِ الْبَهِرِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي زَرْعٍ أَوْ مَاشِيَةٍ، وَإِلَّا فَلَا، لَكِنْ يَجُوزُ لِلرَّعَاءِ اسْتِقَاءُ فَضْلِ الْمَاءِ لَهَا.

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا وَجِبَ بِذَلِكَ؛ لِلنَّهْيِ^(٥) عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ، وَلَا طَمَّ بُثْرُهُ وَإِنْ مَلَكَهَا؛ لِتَعْلُقِ حَقُوقِ الْمَارَّةِ وَالْبَهَائِمِ بِفَضْلِهَا، فَلَوْ انْطَمَّتْ بِغَيْرِ فَعْلِهِ لَمْ يَلْزَمَهُ تَنْظِيفُهَا.

وَلَا يَخْفَى أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ الْبَيْعِ شَامِلٌ لِمَا إِذَا وَصَلَتْ مَاشِيَةٌ غَيْرُهُ إِلَى حَدِّ الضَّرُورَةِ، بَلْ إِذَا لَمْ يَجُزْ فِيمَا إِذَا لَمْ تَصِلْ إِلَيْهِ، فَفِيمَا إِذَا وَصَلَتْ بِالْأُولَى؛

(١) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٣٠٩/٥).

(٢) فِي (هـ): «غَيْرِهِ».

(٣) فِي (ج): «الْاسْتِقَاءُ».

(٤) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (٥٠٧/٧).

(٥) رَوَاهُ مُسْلِمٌ (١٥٦٥) مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

لنؤكد الحاجة، وشمول النهي لهما.

فقول الزركشي: ومحل الخلاف أي: في وجوب بذل الفاضل عن ماشيته وزرعه لماشية غيره إذا لم تصل إلى حد الضرورة، ولكن كان منعها من الماء يحوّلها إلى الانتقال إلى موضع آخر، فإن أشرقت على الهلاك وجب سقيها فضل مائه بالقيمة بلا خلاف. انتهى.

فيه نظر؛ إذ لا وجه لوجوب القيمة مع إطلاقهم عدم جواز البيع وشمول النهي وأولوية حال الضرورة كما تقرر، وقد فرّقوا بين عدم جواز بيع الماء هنا وجواز بيع الطعام للمضطرّ بثبوت النهي^(١) عن بيع فضل الماء.

قال في «الروضة»^(٢): قال المأوردي: لو كان هناك ماء من مملوكين لرجلين لزمهما البذل، فإن اكتفت الماشية ببذل أحدهما سقط الفرض عن الآخر.

قال: وإذا لم توجد شروط وجوب البذل جاز لمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدّراً بكيل أو وزن ولا يجوز بيعه مقدّراً بري الماشية ولا الزرع. انتهى.

وظاهر أن تقييد المائنين بالمملوكين مثال كما علم ممّا تقدّم.

ولو طلب من أحدهما بعينه فهل يتعين عليه لئلا يؤدي إلى التواكل أو يجب عليه ما يخصه فقط؟ فيه نظر، ولعلّ الثاني أقرب إن علم أن صاحبه لا يمتنع ولم يلزم تأخير مضر، وإلا فالأول.

واحتزر المصنّف بذل الماء عن بذل الدلو والرّشا والبكرة والكلا وإن فصل عن حاجته، وفرّقوا بينه وبين الماء بأن الكلا لا يستخلف في الحال ويتمول عادة ويطول زمن رعيه، فيطول المكث في أرضه، بخلاف الماء فيها

(١) رواه مسلم (١٥٦٥) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٢) «روضة الطالبين» (٣١٠/٥)

ولو أخبى موأتابه كلاً أو شجرٌ ملك الأرض، وفي ملك الشجر والكلأ أوجه:
أحدها وهو ما في «التنبيه»^(١): يملكهما.

والثاني: لا.

والثالث وهو للمأورد^(٢): أنه ينظر فيما أرصدت له تلك الأرض، فإن
أرصدت لينبت ذلك فيها ملكهما، وإن أرصدت لغير ذلك من زرع أو غيره
لم يملكهما.

وينبغي أن يكون الأوجه الأول.

فرع: قال في «الروضة»^(٣) عن صاحب «العدة»: لو أضرم نارا في حطب مباح
في الصحراء لم يكن له منع من يتفح بتلك النار، فلو جمع الحطب ملكه، فإذا
أضرم فيه النار فله منع غيره منها أي: من الأخذ منها ونحوه، أمّا الاصطلاء أو
الاستصباح بها أو منها فلا منع منه.



(٢) «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٨٧).

(١) «التنبيه في العقه الشافعي» (ص ١٣٠).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٣١٣).

(فَصْلُ) فِي الْوَقْفِ

وهو لغةً: الْحَبْسُ، وشرعاً: حَبْسُ مَالٍ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ بِقَطْعِ التَّصْرِيفِ فِي رَقَبَتِهِ عَلَى مَصْرُوفٍ مُبَاحٍ.

(وَالْوَقْفُ جَائِزٌ) بَلْ هُوَ قَرِيبَةٌ مَذْدُوبٌ إِلَيْهَا، وَالْأَصْلُ فِيهِ خَيْرٌ مُسْلِمٍ^(١): «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ».

وَالصَّدَقَةُ الْجَارِيَةُ مَحْمُولَةٌ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ عَلَى الْوَقْفِ كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ، وَالْوَلَدُ الصَّالِحُ يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْمُسْلِمُ.

وَلِنَّمَا يَجُوزُ الْوَقْفُ (بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ):

أَحَدُهَا: (أَنْ يَكُونَ) أَيِ: الْوَقْفُ بِمَعْنَى الْمَوْقُوفِ (مِمَّا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ) الْإِنْتِفَاعُ الْمُسْتَحَقُّ بِالْوَقْفِ وَلَوْ مَالًا، بِاسْتِيفَاءِ عَيْنٍ مِنْهُ؛ كَثَمَرَةٍ، وَلَبَنِ، وَصُوفٍ، أَوْ مَنْفَعَةٍ يَسْتَأْجِرُ لَهَا غَالِبًا؛ كَسُكْنَى، وَزُكُوبٍ.

(مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) وَلَوْ مَنْقُولًا؛ كَعَبْدٍ وَلَوْ صَغِيرًا، وَزَمِينٍ يُرْجَى زَوَالُ زَمَانَتِهِ، وَجَحْشٍ وَلَوْ صَغِيرًا، وَشَاةٍ، وَشَجَرَةٍ، وَمِسْكِ، وَعَنْبَرٍ.

بِخِلَافِ مَا لَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مُطْلَقًا؛ كَزَمِينٍ لَا يُرْجَى زَوَالُ زَمَانَتِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ إِذَا امْكَنَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِنَحْوِ حِرَاسَةٍ وَخِيَاطَةٍ، وَلِهَذَا صَحَّ اسْتِجَارُهُ لِلذَّكَاءِ.

وَمَا لَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِهِ؛ كَالْمَطْعُومِ، وَالْمَنَافِعِ، وَمَا لَا يَصِحُّ اسْتِجَارُهُ كَكَلْبِ الصَّيِّدِ أَوْ غَيْرِهِ وَكَالدَّارَاهِمِ وَالْذَّنَانِيرِ.

(١) صحيح مسلم، (١٦٣١).

قال الشيخان: وحكى الإمام أنهم ألحقوا وقفهما ليصاغ منها الحلبي بوقف العبد الصغير، وتردد هو فيه^(١).

وما يستأجر نادراً كالرياحين؛ لسرعة فسادها.

وقضيته: أن محلّه في المحصورة، وأنه يصح في المزروعة، وهو ما بحثه النووي في «شرح الوسيط» فقال: الظاهر الصحة في المزروعة^(٢).

وقد يصح حيث لا يصح الاستتجار؛ كوقف الفعل للضراب، وشملت عبارته المشاع فيصح وقفه ولو مسجداً، كما صرح به ابن الصلاح وقال: يحرم المكث فيه تغليبا للمنع.

وتجب القسمة لتعيينها طريقاً، قال الشبكي: القول بوجوبها مخالف للمذهب المعروف إلا أن يكون فيه نقل صريح بخصوصه^(٣).

وينبغي حمل الوجوب على ما إذا كانت القسمة إفراداً؛ إذ لا محذور، والمنع على ما إذا كانت بيعاً، وأفتى البارزي بجواز المكث فيه ما لم يقسم، وبحث بعضهم عدم صحة الاعتكاف قبل القسمة، وقياسه عدم انعقاد التحية فيه بجامع توقف كل منهما على المسجد، وقد يفرق بينهما بأن في الإخلال بها انتهاكاً لحرمته كما حرّم المكث فيه؛ لأن فيه انتهاكاً لها.

وظاهر أنه يمتنع الاقتداء فيه قبلها مع نحو التباعد بأكثر من ثلاث مئة ذراع تقريباً لعدم تمخض الفاضل مسجداً، وشملت المؤجر أيضاً، فيصح وقفه كما صرحوا به، وهو شامل لو وقفه مسجداً، وحينئذ يمتنع التعبد فيه بنحو

(١) «الشرح الكبير» (٢٥٣/٦)، و«روضة الطالبين» (٣١٥/٥).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤٥٨/٢).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٤٥٧/٢).

صلاة واعتكافٍ بغيرِ إذنِ المُستأجرِ، ويحرُمُ المُكثُ فيه، ويُكرَهُ نشدُ الصَّالةِ فيه، ويصحُّ فيه الاعتكافُ والتَّحِيَّةُ، ويصحُّ الاقتداءُ مع التَّباعِدِ وإن لم يأذنِ المُستأجرُ، واستحقاقُه المَنفعةَ لا يَمْنَعُ مِنْ ذلك، ويمتنعُ فيه أيضًا ما يمتنعُ في المَسجدِ كوضعِ النَّجاساتِ.

قال بعضهم: ويلزُمُ مِنْ تحرِيمِ المُكثِ على الجُنُبِ والحائضِ تمكينُ المُستأجرِ مِنَ الفَسْخِ.

وفيه نظرٌ، ولعلَّ الأوجُهَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الاستئجارُ لِمَا يمتنعُ في المَسجدِ ثَبَتَ لَهُ الخِيَارُ، وإلَّا فلا.

ولا بدَّ مِنْ كَوْنِ المَوْقُوفِ مَعِيَّنًا يَقْبَلُ النَّقْلَ، مملوكًا للواقِفِ، فلا يَصِحُّ وَقْفُ أَحَدِ العَبْدَيْنِ، ولا ما في الذَّمَّةِ، ولا وَقْفُ نَحْوِ أُمِّ الوَلَدِ والمُكَاتِبِ، بخلافِ المُدَبَّرِ ومعلَّقِ العِتَقِ بصفيةٍ، لكن لو وُجِدَتِ الصَّفَةُ عِتَقًا وبطلَ الوقْفُ كما قاله الشَّيْخَانِ^(١) تبعًا لِلْبَغَوِيِّ وَإِنْ خَالَفَ كَثِيرُونَ.

ولا غَيْرُ مملوكٍ، نَعَمْ يَصِحُّ وَقْفُ الإمامِ ولو على أولادِهِ مِنْ بَيْتِ المَالِ، لكن بشرطِ مراعاةِ المَصْلَحَةِ، بخلافِ وَقْفِ نَاحِيَةٍ على شَخْصٍ واحدٍ مثلاً، ويصحُّ كما شَمَلَتْهُ عِبَارَتُهُ أيضًا وَقْفُ المَغْصُوبِ وما لَمْ يَرَهُ، ويُؤْخَذُ مِنْهُ صَحَّةُ وَقْفِ الأَعْمَى.

(و) الثَّانِي: (أَنْ يَكُونَ) أَي: الوقْفُ بِمعنائه الظَّاهِرِ حَيْثُ لَا يُضَاهِي التَّحْرِيرَ (عَلَى أَصْلٍ) مَعِيَّنٍ أَهْلٌ لِمَتْلُكِ المَوْقُوفِ، والمُرَادُ بالأَصْلِ هُنَا: مَنْ يَتَلَقَّى الوقْفَ أَوَّلًا؛ كالأولادِ فِي قَوْلِهِ: «وَقَفْتُهُ على أولادِي ثُمَّ أولادِ أولادِي ثُمَّ الفقراءِ»، وكالموجودِ مِنَ المَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ فِي قَوْلِهِ: «وَقَفْتُهُ على الفقراءِ»، وقَوْلِهِ: «وَقَفْتُهُ على أولادِي وأولادِ أولادِي أَبَدًا ما تَنَاسَلُوا، ثُمَّ الفقراءِ».

(١) «الشرح الكبير» (٦/٢٥٢)، و«روضة الطالبين» (٥/٣١٥).

(مَوْجُود) حَالُ صُدُورِهِ لَا يَنْقَطِعُ؛ كَالْفُقَرَاءِ، وَالْمَسَاكِينِ، وَالْمَسَاجِدِ، وَالرُّبُطِ، وَالْقَنَاطِرِ، وَفِي مَعْنَى الْفُقَرَاءِ: الْعُلَمَاءُ، عَلَى الصَّحِيحِ، وَفِي «فَتَاوِي» الْقَفَالِ خِلَافُهُ؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ يَنْقَطِعُونَ.

أَوْ يَنْقَطِعُ لَكِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَيْهِ (و) عَلَى (فَرْعٍ) هُوَ مَنْ يَتَلَقَّى الْوَقْفَ بَعْدَهُ (لَا يَنْقَطِعُ) مَعِينٌ أَهْلٌ لَتَمْلُكُ الْمَوْقُوفُ مُطْلَقًا، مَوْجُودٌ حَالُ صُدُورِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ جِهَةً أَهْلٌ لَتَمْلُكُ الْمَوْقُوفُ؛ كَعَمْرٍو فِي قَوْلِهِ: «وَقَفْتُهُ عَلَى زَيْدٍ ثُمَّ عَمْرٍو ثُمَّ»^(١) بِكَرٍ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ جِهَةً؛ كَالْفُقَرَاءِ فِي الْمَثَالِ، وَظَهَرَ أَنَّ الْوُجُودَ لَيْسَ مِنْ لَازِمِ الْفَرْعِ، بِخِلَافِ الْأَصْلِ، فَلِذَا لَمْ يُقَيِّدْ بِهِ كَمَا قَيَّدَ بِهِ الْأَصْلُ.

لَا يُقَالُ: لَا وَجْهَ لِتَخْصِيصِ هَذَا الشَّرْطِ بِمَا لَا يُضَاهِي التَّحْرِيرَ؛ لِأَنَّ مَا يُضَاهِيهِ كَوَقْفِ الْمَكَانِ مَسْجِدًا كَانَتْ عَلَى أَصْلِ مَوْجُودٍ وَفَرْعٍ لَا يَنْقَطِعُ وَهُمَا الْمُسْلِمُونَ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: هُوَ كَذَلِكَ، لَكِنْ لَا يَجِبُ بَيَانُ ذَلِكَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ، بَلْ إِنْ بَيَّنَّ بَعْضُ الْمُسْلِمِينَ أَوْ جَمِيعُهُمْ، وَإِلَّا فَهُوَ جَمِيعُهُمْ، وَالْكَلَامُ فِي بَيَانِ وَجُوبِ مَا ذُكِرَ.

وَخَرَجَ بِكَوْنِهِ عَلَى أَصْلِ وَفَرْعٍ: مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، بَأَن لَمْ يُبَيِّنِ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ؛ كَ «وَقَفْتُ هَذَا» مُقْتَصِرًا عَلَيْهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ.

قَالَ الشُّبْكِيُّ^(٢): وَمَحَلُّ الْبَطْلَانِ إِذَا لَمْ يَقُلْ: «لِلَّهِ» وَإِلَّا فَيَصِحُّ؛ لِخَبَرِ أَبِي طَلْحَةَ: «هِيَ صَدَقَةٌ لِلَّهِ»^(٣)، ثُمَّ يَعَيَّنُ الْمَصْرَفُ.

وَبِكَوْنِ الْأَصْلِ مَعِيْنًا: مَا إِذَا كَانَ مَبْهَمًا؛ كَ «وَقَفْتُهُ عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ».

وَبِكَوْنِهِ أَهْلًا لَتَمْلُكُ: مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ؛ كَالْجَنِينِ وَالْبَهِيمَةِ إِنْ أُطْلِقَ أَوْ وَقِفَ عَلَى عِلْفِهَا، فَإِنْ قَصَدَ بِهِ مَالُكَهَا فَهُوَ وَقِفٌ عَلَيْهِ، أَوْ كَانَتْ مَوْقُوفَةً أَوْ

(١) فِي (ج)، (ن): «بَن».

(٢) يَنْظُرُ «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/ ٤٦٥)

(٣) رَوَاهُ الْحَارِيُّ (١٤٦١)، وَمُسْلِمٌ (٩٩٨) مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

مرصدةً في سبيل الله صحَّ الوقفُ على علفِها، وكعبدِ نفسه مُطلقاً وعبدِ غيره إن قصَّدَ نفسه، فإن أطلق صحَّ ووقع لسيِّده وإن استقلَّ هو بالقبول.

وأما صحَّة الوقفِ على الأرقاءِ الموقوفين على خدمةِ الكعبة ونحوها، فإن المقصودَ ثمَّ الجهة، فهو كالوقفِ على علفِ الدوابِّ في سبيلِ الله، والكلامُ هنا في الوقفِ على معيَّن.

قال شيخُ مشايخنا^(١): أمَّا المُبْعَضُ فالظاهرُ أنَّه إن كانت مهابةً وصدرَ الوقفُ عليه يومَ نوبته فكالحرِّ، أو يومَ نوبة سيِّده فكالعبد، وإن لم تكن مهابةً وُرِّعَ على الرِّقِّ والحرِّيَّة، وعلى هذا يُحمَلُ إطلاقُ ابنِ خيرانَ صحَّةَ الوقفِ عليه.

قال الرزكشي: فلو أراد مالكُ البعض أن يقفَ نصفه الرقيقَ على نصفه الحرِّ، فالظاهرُ الصحَّة، كما لو أوصى به لنصفه الحرِّ^(٢).

وقوله: «وُرِّعَ على الرِّقِّ والحرِّيَّة» أي: فما خصَّ الحرِّيَّة فهو للجزءِ الحرِّ فله ريعه، وما خصَّ الرِّقَّ يكونُ وقفاً على رقيقٍ فيأتي فيه تفصيله.

ومنه أن يقصده^(٣) نفسه فيبطل، وقضيته هذا تفريقُ الصَّفقة فيما لو وُقِفَ على من يصحُّ الوقفُ عليه ومن لا يصحُّ الوقفُ عليه.

وبكونه موجوداً: ما إذا كان معدوماً؛ كـ «وقفتُ على من سيولدُ لي ثمَّ الفقراء»، ويُسمَّى: منقطعُ الأوَّل، فهو باطلٌ على المذهب.

وبكونِ الوقفِ على فرعٍ لا ينقطع: ما إذا انتفى كونه على فرع؛ كـ «وقفتُ على أولادي» ولم يزد، أو كان على فرعٍ مُنقطع؛ كـ «وقفتُ على أولادي ثمَّ أولادِ أولادي»، ويُسمَّى: منقطعُ الآخر.

(٢) ينظر. «أسنى المطالب» (٢/ ٤٥٩).

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٥٩).

(٣) في (ج) «يقصده».

فَقِيلَ: هُوَ بَاطِلٌ مُطْلَقًا، وَهُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ، وَصَحَّحَهُ الْمَسْعُودِيُّ
وَالْإِمَامُ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ عَقَارًا فَلِنْ كَانَ حَيَوَانًا صَحَّ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهُ إِلَى الْهَلَاكِ،
وَرَبَّمَا هَلَكَ قَبْلَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ نَحْوَ الثَّوْبِ كَالْحَيَوَانِ، وَقِيلَ:
صَحِيحٌ مُطْلَقًا.

قَالَ الشَّيْخَانِ^(١): وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَنَفْسُهُ فِي «الْمَخْتَصِرِ» وَعَلَى
هَذَا فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَبْقَى وَقَفًا بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمَذْكُورِ، وَيُصَرَّفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ
إِلَى الْوَاقِفِ يَوْمَ انْقِرَاضِهِ.

وَالْمَعْتَبَرُ قَرُبُ الرَّحِمِ^(٢) لَا اسْتِحْقَاقُ الْإِرْثِ، فَيُقَدَّمُ ابْنُ الْبَنَاتِ عَلَى ابْنِ الْعَمِّ.
وَهَلْ يَخْتَصُّ بِهِ فَقَرَاءُ الْأَقَارِبِ؟ قَوْلَانِ، أَظْهَرُهُمَا: الْاِخْتِصَاصُ.
وَهَلْ هُوَ عَلَى سَبِيلِ الْوَجُوبِ؟ وَجَهَانِ فِي «الرَّوَضَةِ»^(٣) كَأَصْلِهَا^(٤)، وَصَرَّحَ
الْخَوَارِزْمِيُّ وَغَيْرُهُ بِالْوَجُوبِ.

فَلِنْ عُدِمَتْ أَقَارِبُهُ، أَوْ وَقَفَ الْإِمَامُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، صُرِفَ إِلَى مَصَالِحِ
الْمُسْلِمِينَ، وَعَلَيْهِ نَصٌّ فِي الْبُيُوطِيِّ فِي الْأُولَى، وَقَالَ سُلَيْمُ الرَّازِيُّ وَابْنُ الصَّبَّاحِ
وغيرُهُمَا فِيهَا: يُصَرَّفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، وَقِيَاسُ اعْتِبَارِ بَلَدِ الْمَالِ فِي
الزَّكَاةِ اعْتِبَارُ بَلَدِ الْوَقْفِ حَتَّى يَخْتَصَّ بِفُقَرَائِهِ وَمَسَاكِينِهِ، قَالَه الزُّرْكَانِيُّ^(٥).

وَفِي «الرَّوَضَةِ»^(٦) كَأَصْلِهَا^(٧) عَنِ الْقَفَّالِ: أَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى رِبَاطٍ أَوْ مَسْجِدٍ
مَعَيَّنٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُتَصَرِّفُ إِنْ خَرِبَ فَهُوَ مَنْقَطَعُ الْآخِرِ، وَعَنْ صَاحِبِ «السَّمَةِ»

(١) «الشرح الكبير» (٢٦٨/٦)، و«روضة الطالبين» (٣٢٦/٥).

(٢) زاد في (هـ): «أي: القرابة». (٣) «روضة الطالبين» (٣٢٦/٥).

(٤) «الشرح الكبير» (٢٦٨/٦). (٥) ينظر. «أسنى المطالب» (٤٦٤/٢).

(٦) «روضة الطالبين» (٣٣٣/٥). (٧) «الشرح الكبير» (٣٠١/٦).

أنه إن كان في موضع يُستبعد في العادة خرابه بأن كان في وسط البلدة فصحيح، وإن كان في قرية أو جادة فهو منقطع الآخر.

والأوجه أنه منقطع الآخر، وبه جزم صاحب «الروض»^(١) وغيره.

ومقتضى^(٢) كونه منقطع الآخر أن يُصرف مَصْرَفُهُ إذا خرب المسجد وتفرق الناس من حوله وتعطل، وهو ما قاله صاحب «البحر»^(٣)، وحكاة الحنَاطِي في «فتاويه» وجهًا، وقال المآوَزِي^(٤): يُصرف إلى الفقراء والمساكين. وبه جزم صاحب «البحر»^(٥) في موضع، وقال المَتَوَلِّي: يُصرف لأقرب المساجد إليه. وقال الإمام: يُحفظ لتوقع عودِه^(٦).

واعتمد شيخنا الشَّهابُ الرَّمْلِيُّ أنه إن تُوقَّعَ عودُه حُفِظَ الرِّيعُ، وإلا صُرِفَ لأقرب المساجد إن كان ثمَّ مساجد، وإلا صُرِفَ لأقرب النَّاسِ إلى الواقِفِ إن وُجِدَ، وإلا فللفقراء والمساكين، وحمل على هذا التَّفْصِيلِ الأقوال المذكورة. ولا يخفى أن إطلاَقَهُم في منقطع الآخر أنه يُصرف لأقرب النَّاسِ إلى الواقِفِ يُشْكِلُ على تقديم صرفه لأقرب المساجد على صرفه للأقرب المذكور عند عدم التَّوَقُّعِ؛ فليُتأمل.

وبتعيين الفرع وأهليَّته لِلتَّمْلُكِ ووجوده بالشَّرْطِ الْمُتَقَدِّمِ؛ نحو قوله: «وقفتُه على زيد ثمَّ أحدِ الرَّجُلَيْنِ» أو «ثمَّ رجلٍ ثمَّ الفقراء» للإبْهَامِ، ونحو قوله: «وقفتُه على زيد ثمَّ العَبْدَ لِنَفْسِهِ»، أو «ثمَّ حَمْلٍ هذه المرأة»، ثمَّ الفقراء؛ لعدم أهلية كُلِّ مِنَ الْعَبْدِ وَالْحَمْلِ لِلتَّمْلُكِ.

(١) «روض الطالب» (ص ٩٤٧).

(٢) في (هـ): «وقضية».

(٣) «بحر المذهب» (٧/٢١٩).

(٤) «الحاوي الكبير» (٧/٥٢٠).

(٥) «بحر المذهب» (٧/٢١٧).

(٦) ينظر: «أسى المطالب» (٢/٤٧٥).

وقوله: «وقفته على زيد ثم ولدي محمد ثم الفقراء» ولا ولد له لعدم وجود الفرع، ويسمى في جميع ذلك: منقطع الوسط.

فإن صححنا منقطع الآخر فهذا أولى، وإلا فوجهان أصحهما: الصحة، وعلى الصحة فيصرف في الوسط مصروف منقطع الآخر إن عرف أمد الانقطاع كما في صورة العبد والحمل، وإلا فالى من بعده كالفقراء في الأمثلة كما في صورة «ثم رجل».

وهل صورة «ثم أحد الرجلين» مما عرف أمد انقطاعه؟ فيه نظر، وعلى الأول يُحتمل أن المُعتبر موت آخرهما موتاً فيصرف مصروف منقطع الآخر إلى موته. واعلم أن في هذا الشرط الثاني رمزاً إلى أنه لا يجوز توقيته ولو بمدة طويلة، فلو قال: «وقفت هذا سنة» فباطل، نعم إن عقبه بمصرف آخر؛ كأن وقفه على أولاده سنة ثم على الفقراء صح، وروعي فيه شرط الواقف كما نقله البلقيني عن الخوارزمي، ومحل هذا فيما لا يضاهاه التحرير، أما ما يضاهاه كقوله: «جعلته مسجداً سنة» فيصح مؤبداً^(١).

(و) الثالث: (ألا يكون) أي: الوقف بمعناه الظاهر (في مَحْظُورٍ) أي: على معصية، سواء أكان على ما يظهر فيه قصد القرية كالوقف على الفقراء والمساجد، أم على ما لا يظهر فيه كالوقف على الأغنياء وأهل الذمة وسائر الفساق كقطاع الطريق، بناء على الأنسب من أن المرعي في الوقف على الجهة التملك كما في المُعين والوصية لا جهة القرية. قال الشيخان^(٢): وهذا هو الأنسب بكلام الأكثرين.

(١) يظر: «أسى المطالب» (٢/ ٤٦٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٦٠)، «دروسة الطالبيين» (٥/ ٣٢٠).

لكن الأحسنُ توسُّطُ بعضِ المتأخرين، وهو صحَّته على الأغنياء وبطلانه على أهلِ الذِّمَّةِ وسائرِ الفسقة؛ لتضمُّنِهِ الإعانةَ على المعصية، وإن كان على معصية لم يصحَّ؛ كالوقفِ على كنيسةٍ للتَّعْبُدِ ولو مِن ذمِّي ولو على ترميمِها وإن لم نمنعه، خلافاً لما وقَّعَ لابنِ الرِّقَّةِ، أو نحو قناديلِها، أو حُصْرِها، أو على خادِمِها كما قاله ابنُ الصَّبَّاحِ، أو مَنْ يقطعُ الطَّرِيقَ أو يتهوِّدُ أو يتنصَّرُ، أو على الزَّناةِ أو الشَّرَّاقِ أو شاربي^(١) الخمرِ، كما نبَّه عليه بعضهم.

وكوُفِفَ كُتُبُ التَّوْرَةِ أو الإنجيلِ، أو السِّلَاحِ على قطعِ الطَّرِيقِ، أو الخيلِ على معيَّنٍ ليقطَعَ عليها الطَّرِيقَ، بخلافِ ما لو وقَّعَها على قاطعِ طريقٍ ليركبها في حوائجِه، أو وقَّعَ على كنيسةٍ لنزولِ المارَّةِ، وفي الوقفِ على كنيسةٍ للتَّعْبُدِ ونزولِ المارَّةِ وجهانٍ، أو جههٌما: البطلانُ.

ولو وقَّعَ داراً على أن يسكنَها فقراءُ اليهودِ، فإن جعلَ لفقراءِ المُسلمينَ معهم نصيباً جازاً، وإلا فوجهانٍ؛ لأنَّهم إذا انفردوا صارتَ كنيسةً التَّعْبُدِ، ذكرَه المَاورِديُّ^(٢)، ولو أوصى بمالٍ ليُصَرَّفَ في سراجِ البَيْعِ والكنائسِ، فإن قصَدَ تعظيمَها لم يصحَّ، وإن قصَدَ الضَّوَّةَ على من يأويها ليلاً صحَّتْ كالوصيةِ لهم ابتداءً، قاله الشَّيخُ أبو حامدٍ.

قال في «المَطْلَبِ»: ولا يبعدُ مجيئه في الوقفِ، واستدلَّ بعضهم على مجيئه فيه بما ذكروه في الوصايا من أنَّه لو أوصى بِشِراءِ أرضٍ لتكونَ وفقاً على الكنيسةِ لم يصحَّ، إلَّا أن تُجَعَلَ الكنيسةُ لنزولِ المارَّةِ مِن أَهْلِ الذِّمَّةِ أو للسُّكْنى فتصحَّ؛ إذ لا معصية؛ لأنَّها رِباطٌ لا كنيسةٌ، قال: وهو نصٌّ في المسألة. انتهى.

(١) في (ج)، (ن) «الرقعة أو شرب».

(٢) «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٢٤).

وفي كونه نصًّا فيها نظر؛ لأنَّ هذا مَصَوَّرٌ كما تَرَى بما إذا جُعِلَتْ لنزولِ المَارَةِ أو للسُّكْنَى ولهذا كانت رِبَاطًا لا كَنِيسَةً، بخلافِ تلكَ فَإِنَّ ظاهِرَ المنقولِ عن أبي حامِدٍ أَنَّها كَنِيسَةٌ بحالِها، لكنَّه لم يقصِدْ تعظيمَها، بل الضَّوءَ على من يَأْوِيها ليلاً، فليَتَأَمَّلْ.

وسَكَتَ الْمُصَنِّفُ عن اشتراطِ الإلزامِ والتَّنَجِيزِ، فلو شَرَطَ فيه خيارًا لنفسِه أو غيرِه، أو أن يبيعه، أو أن يرجعَ فيه متى شاء، أو أن يرجعَ إليه^(١) إذا ماتَ الموقوفُ عليه، أو أن يزيدَ أو ينقصَ، أو أن يتقدَّمَ أو يتأخَّرَ من شاء كان باطلاً. نعم إن شَرَطَ فيه خيارًا للموقوفِ عليه المُعَيَّن لم يضرَّ بناءً على اشتراطِ قبولِه؛ لأنَّه شَرَطَ يفتَضِيهِ العَقْدُ، كذا قاله بعضهم بحثًا، وجَزَمَ به النَّاشِرِيُّ، لكنَّه لم يُقَيِّدِ الموقوفَ عليه بالمُعَيَّن ولا علَّلَه بشيءٍ، فالأوجُهُ حملُه على ما إذا أَرَادَ الخيارَ في القبولِ أو في تناوُلِ الرِّيعِ، وإلَّا لم يصحَّ.

ولو علَّقَه كـ «وَقَفْتُ دَارِي إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ قَدِمَ فُلَانٌ» فهو باطلٌ أيضًا، نعم أَقْبَى الأستاذُ أَبُو إِسْحَاقَ فيما لو قال: «وَقَفْتُ دَارِي عَلَى الْفُقَرَاءِ بَعْدَ مَوْتِي» بصَحَّةٍ وفِيهَا ووقوعه بعدَ المَوْتِ؛ كَعَتَقِ المُدَبِّرِ، وساعَدَه أئِمَّةُ الزَّمانِ، ونَقَلَه السُّبُكِّيُّ عن نصِّ الشَّافِعِيِّ والأَصْحَابِ.

قال الشَّيْخَانِ^(٢): وهذا كَأَنَّهُ وَصِيَّةٌ لقولِ القَفَّالِ: لو عَرَضَها على البيعِ كان رُجوعًا.

ومَحَلُّ ذلكَ فيما لا يُضَاهِي التَّحْرِيرَ، أمَّا ما يُضَاهِيه كـ «جَعَلْتُهُ مَسْجِدًا إِذَا جَاءَ رَمَضَانٌ» فَيَنْبَغِي صَحَّتُهُ، ذَكَرَهُ ابْنُ الرُّفْعَةِ.

(١) في (ح، ك): «فيه».

(٢) «الشرح الكبير» (٣٠٠/٦)، و«روضة الطالبين» (٣٣٢/٥).

ولا بدَّ من إيجابٍ صريحاً كان كـ «وَقَفْتُ» و«حَبَسْتُ»، أو كنايةً كـ «حَرَمْتُ» و«أَبَدْتُ دَارِي لِلْمَسَاكِينِ».

وَيُسْتَرَطُّ قَبُولُ مُتَّصِلٍ بِالْإِجَابِ كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَعِينًا، غَيْرَ مَسْجِدٍ وَنَحْوِهِ كَمَا رَجَّحَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» وَ«الْمَنْهَاجِ»^(١)، لَكِنَّهُ اخْتَارَ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٢) فِي السَّرْقَةِ أَنَّهُ لَا يُسْتَرَطُّ، وَنَقَلَهُ فِي «شَرْحِ الْوَسِيطِ» عَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ، وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ: إِنَّهُ الْمَذْهَبُ^(٣).

وَسَوَاءٌ اشْتَرَطَ قَبُولَهُ أَمْ لَا لَوْ رَدَّ بَطَلَ حَقُّهُ، فَلَوْ رَدَّ ثُمَّ رَجَعَ قَالَ الشَّيْخَانِ^(٤): قَالَ الرُّوَانِيُّ: إِنْ رَجَعَ قَبْلَ حَكْمِ الْحَاكِمِ بِرَدِّهِ إِلَى غَيْرِهِ كَانَ لَهُ، وَإِنْ حَكَّمَ بِهِ لَغَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ. انْتَهَى.

وَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الرَّدُّ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ حَقُّهُ مُطْلَقًا؛ لِسُقُوطِ الْإِجَابِ بِالرَّدِّ وَالْفَضْلُ بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبُولِ لَمْ يَضُرَّ مُطْلَقًا، ثُمَّ رَأَيْتُ الْأَذْرَعِيَّ^(٥) رَدًّا مَا قَالَه الرُّوَانِيُّ، هَذَا فِي الْبَطْنِ الْأَوَّلِ، أَمَّا الثَّانِي وَمَا بَعْدَهُ فَنَقَلَ الْإِمَامُ وَالْعَزَازِيُّ أَنَّهُ لَا يُسْتَرَطُّ قَبُولُهُمْ قِطْعًا؛ لِأَنَّهُ اسْتَحْقَاقُهُمْ لَا يَتَّصِلُ بِالْإِجَابِ، وَأَنَّ فِي ارْتِدَادِهِ بِرَدِّهِمْ وَجْهَيْنِ، وَأَجْرَى الْمُتَوَلَّى الْخِلَافَ فِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهِمْ وَارْتِدَادِهِ بِرَدِّهِمْ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ الْحَقَّ مِنَ الْوَاقِفِ أَمْ مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ؟

إِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ فَقَبُولُهُمْ وَرَدُّهُمْ كَقَبُولِ الْأَوَّلِينَ وَرَدِّهِمْ، وَإِلَّا فَلَا يُعْتَبَرُ قَبُولُهُمْ وَرَدُّهُمْ كَالْمِيرَاثِ.

(١) «منهاج الطالبين» (ص ١٦٨). (٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٤).

(٣) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٣).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٦٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٥).

(٥) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٤).

قال الرَّافِعِيُّ^(١) وَتَبِعَهُ النَّوَوِيُّ^(٢): وَهَذَا أَحْسَنُ، وَلَا يَبْعُدُ أَنَّهُ لَا يَتَّصِلُ
الاستحقاقُ بالإيجابِ مع اشتراطِ القبولِ كما في الوَصِيَّةِ.

قال الشُّبْكِيُّ^(٣): لَكِنِ الَّذِي يَتَحَصَّلُ مِنْ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ وَالْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا
يُشْتَرَطُ قَبُولُهُمْ وَإِنْ شَرَطْنَا قَبُولَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ وَأَنَّهُ يَرْتَدُّ بِرُدِّهِمْ كَمَا يَرْتَدُّ بِرُدِّ
الْأَوَّلِ عَلَى الصَّحِيحِ فِيهِمَا، وَهَذَا أَوْلَى مِمَّا اسْتَحْسَنَهُ الرَّافِعِيُّ.

(وَهُوَ) أَي: الْوَقْفُ مِنْ حَيْثُ صَرَفُ غَلَّتِهِ يَكُونُ (عَلَى مَا شَرَطَ^(٤)) أَي: عَلَى
الْوَجْهِ الَّذِي شَرَطَهُ (الْوَاقِفُ) فِيهِ صَرِيحًا أَوْ ضَمْنًا (مِنْ تَقْدِيمِ) لِبَعْضِ الْمَوْقُوفِ
عَلَيْهِمْ عَلَى الْبَعْضِ الْآخَرِ.

(وَتَأْخِيرِ) كَذَلِكَ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ أَوْ الصَّرْفِ؛ كـ «وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ
أَوْلَادِي مَا تَنَاسَلُوا»، أَوْ «بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ» عَلَى أَنْ يُقَدَّمَ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ أَوْ الصَّرْفِ
كُلُّ بَطْنٍ عَلَى مَنْ بَعْدَهُ، أَوْ ذَكَورُهُمْ أَوْ عِلْمَاؤُهُمْ عَلَى غَيْرِهِمْ، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي
ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي مَا تَنَاسَلُوا، أَوْ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ، فَيُقَدَّمُ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ كُلُّ بَطْنٍ
عَلَى مَنْ بَعْدَهُ.

(وَتَسْوِيَةٍ) بَيْنَهُمْ فِي قَدْرِ الْإِسْتِحْقَاقِ؛ كـ «وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي
مَا تَنَاسَلُوا عَلَى الْأَيْفَضَلِ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَلَى غَيْرِهِ» فَيَسْتَوُونَ فِيهِ كَمَا لَوْ سَكَتَ عَنْ
ذَلِكَ.

(وَتَفْضِيلِ) لِبَعْضِهِمْ عَلَى الْبَعْضِ الْآخَرِ فِيهِ؛ كَقَوْلِهِ فِي الْمَثَالِ: «عَلَى أَنْ
لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ»، أَوْ بِالْعَكْسِ.

(٢) «روضة الطالبيين» (٥/٣٢٥).

(١) «الشرح الكبير» (٦/٢٦٦).

(٤) في (ش)، (ك)، «شرطه».

(٣) «فتاوى السكي» (٢/٨٢-٨٣).

فلو اندرس شرط الواقف فلم يُعرف مقادير الاستحقاق، أو كيفية الترتيب بين أرباب الوقف قُسمت الغلة بينهم بعد حلفهم بالسوية، وحكى بعض المتأخرين أنَّ الوجه التوقف إلى اصطلاحهم.

قال الشيخان^(١): وهو القياس.

فإن تنازعوا في شرطه ولا بينة جعلت الغلة بينهم بالسوية، وإن كان ثم استفاضة؛ إذ شروط الوقف لا تثبت بها كما أفتى به النووي وإن نُوزع فيه، فإن كان الواقف حياً رجع إلى قوله بلا يمين كما صرح به الرويان^(٢) والمأوردي^(٣)، وزاد أنه يرجع بعده إلى وارثه، ثم إلى الناظر من جهته لا من جهة الحاكم.

ولو كان هناك وارث وناظر واختلفا فهل يرجع إلى الوارث أو الناظر؟ وجهان، رجح منهما الأذرع^(٤) الثاني.

وفي «الدخائر»: إذا اختلف الناظر في الوقف وأربابه في تفضيل أو ترتيب ولا بينة فوجهان:

أحدهما: القول قول أهل الوقف؛ لأنهم المستحقون.

والثاني: قول الناظر.

ذكرهما الشاشي في «الحلية»^(٥)، وقال في «الانتصار»: إنَّ الأصح أن القول قول الناظر.

ولو وجد في دفتر من تقدم من النظائر تفاوت أتبع؛ لأن الظاهر استناد تصرفهم إلى أصل.

(١) «الشرح الكبير» (٢٩٣/٦)، «أروضة الطالبين» (٣٥٢/٥). (٢) «بحر المذهب» (٢٣٣/٧).

(٣) «الحاوي الكبير» (٥٣٣/٧). (٤) «حلية العلماء» (٢٧/٦).

وهل المراد النُّظَارُ مِنْ جِهَةِ الْوَاقِفِ لَا مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ أَخْذًا مِمَّا تَقَدَّمَ؛ لَأَنَّ الدَّفْتَرَ لَا يَزِيدُ عَلَى صَرِيحِ الْقَوْلِ، أَوْ أَعْمَ، وَيُفَرِّقُ بَأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِي الدَّفْتَرِ إِلَّا مَا كَانَ عَنْ أَصْلٍ وَلَا كَذَلِكَ الْقَوْلُ؟

فِيهِ نَظَرٌ، وَالْقَلْبُ إِلَى الْأَوَّلِ أَمِيلٌ، وَفِي «فَتَاوِي» النَّوَوِيِّ أَنَّهُ يُرْجَعُ إِلَى عَادَةِ مَنْ تَقَدَّمَ، حَتَّى لَوْ اتَّفَقَتْ عَادَةُ الْمُدْرِّسِينَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُلُومِ اتَّبَعْتُ. قَالَ: فَإِنْ شَكَّ فِي شَيْءٍ اسْتَحَبَّ الْإِحْتِيَاظُ. وَقَالَ فِي غَيْرِهَا: إِنَّهُ يُرْجَعُ إِلَى عَادَةِ نَظَّارِ الْوَقْفِ إِنْ اتَّفَقَتْ عَادَتُهُمْ^(١). انْتَهَى.

وَهُوَ شَامِلٌ لِغَيْرِ مَنْ هُوَ مِنْ جِهَةِ الْوَاقِفِ، وَقَدْ يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ عَنْ الْمَاوَرِدِيِّ حَيْثُ قَيَّدَهُ بِمَنْ هُوَ مِنْ جِهَةِ الْوَاقِفِ بِأَنَّ عَادَةَ النُّظَّارِ الْمُتَّفَقَةِ مَعَ تَعَدُّهُمْ أَقْوَى مِنْ مُجَرَّدِ إِخْبَارِ الْوَاحِدِ، وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ.

ثُمَّ رَأَيْتُ صَاحِبَ «الْخَادِمِ» لَمَّا سَأَلَ كَلَامَ الْمَاوَرِدِيِّ السَّابِقَ حَكَمَ بِمُخَالَفَتِهِ لِمَا ذَكَرَ عَنِ النَّوَوِيِّ فِي «فَتَاوِيهِ» وَغَيْرِهَا، فَلَوْ اخْتَلَفُوا لَمْ يَبْعُدِ اعْتِبَارُ عَادَةِ الْأَكْثَرِ، وَمَحَلُّ التَّسْوِيَةِ فِيمَا تَقَدَّمَ كَمَا فِي «زَوَائِدِ الرُّوضَةِ» إِذَا كَانَ الْوَقْفُ فِي أَيْدِيهِمْ، أَوْ لَا يَدَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ، أَمَّا لَوْ كَانَ فِي يَدِ بَعْضِهِمْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ، وَمَحَلُّهُ أَيْضًا إِذَا لَمْ تَطْرُدْ عَادَةُ بِالْتَّفْضِيلِ، فَإِنْ اطَّرَدَتْ كَمَا فِي الْمُعِيدِ وَالْمُدْرِّسِ وَالطَّالِبِ لَمْ يُسَوَّ بَلْ تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ، وَلَوْ جُهِلَ أَرْبَابُ الْوَقْفِ صَرَفَ لِأَقْرَبَاءِ الْوَاقِفِ، ثُمَّ لِلْمَصَالِحِ. قَالَ فِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ»: وَكَانَ يَجُوزُ أَنْ يُوقَفَ إِلَى التَّبَيُّنِ.



(فصل)

في الهبة الشاملة للعديّة والصدقة

(وَكُلُّ مَا) أي: شيء (جَارَ بَيْعُهُ) بأن وُجِدَتْ فيه شروط البيع (جَارَتْ) أي: صحّت (هَبْتُهُ)، وكلُّ ما لا يجوز بيعه بأن لم تُوجَدْ فيه شروطه؛ كمجهول، وأبق، وضال لا تجوز هبته.

وقد تمتنع هبة ما يجوز بيعه، كما لو أعتق الرّاهن المُعسرُ المَرهونة أو استولدها، فإنّه يجوز بيعها للضرورة وتمتنع هبتها من المُرتهن وغيره، وكالدّين فإنّه يجوز بيعه لغير من هو عليه كما صحّحه في «الروضة»^(١)، وإن صحّح في «المنهاج» بطلانه، وتمتنع هبته له كما في «الروضة» و«المنهاج»^(٢) وغيرهما هنا، وإن فرّعه جمع على بطلان البيع، ونقلوا الصّحّة عن نصحيح جمع تبعاً للنّص. أمّا هبته لمن هو عليه فهي صحيحة وتكون إبراءً، وكالموصوف في الدّمة كمئة درهم وصّفها في ذمّته بصفة السّلم، فإنّه يجوز بيعها وتمتنع هبتها كما أشار إليه الرّافعي في الصّلاح، ونقل عن تصريح جمع من متقدّمي الأصحاب.

وقد تجوز هبة ما لا يجوز بيعه؛ كحَبْتي حنطة، ونحوهما من كلّ ما لا يتموّل، كما ممّسّى عليه في «المنهاج»^(٣)، وإن اعترض عليه بتصريح الرّافعي في اللّقطة بخلافه، وظاهره أنّ هبة ذلك بمعنى التّملك دون مُجرّد نقل اليد.

ولا مانع من قبول غير المُتموّل للتّملك بلا عوض، وكالحمام المُختلط، فإنّه يجوز لأحد المالكيّن هبة الآخر حصّته مع الجهل بها، وفيه نظر؛ لأنّه يجوز

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٧٤).

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ١٧١).

(٣) «منهاج الطالبين» (ص ١٧١).

يَبْعُ حَصَّتَهُ مِنَ الْآخِرِ أَيْضًا كَمَا ذَكَرُوهُ فِي الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ. وَكَثْمَرَةُ الْبَائِعِ إِذَا أُلْحِقَتْ ثَمَرَةُ الْمُشْتَرِي وَاخْتَلَطَا فَوْهَبَهَا مِنْهُ، وَكَالْمَالِ الْمَوْقُوفِ لِلْوَرِثَةِ إِذَا جُهِلَ قَدْرُ مَا لِكُلِّ مِنْهُمْ فَتَصَالَحُوا بِتَسَاوٍ أَوْ تَفَاوُتٍ، فَإِنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ جَرِيَانِ التَّوَاهُبِ بَيْنَهُمْ كَمَا قَالَ الْإِمَامُ.

وَلَوْ أَخْرَجَ بَعْضُهُمْ نَفْسَهُ مِنَ الْبَيْنِ^(١) وَوَهَبَ لَهُمْ حَصَّتَهُ مَعَ الْجَهْلِ كَانَ جَائِزًا أَيْضًا لِلضَّرُورَةِ فِيهِمَا، وَأَفْهَمَ كَلَامُهُ امْتِنَاعَ هَبَةِ الْإِخْتِصَاصِ كَجَلْدِ الْمِيتَةِ وَالْخَمْرِ الْمُحْتَرَمَةِ، وَهُوَ كَذَلِكَ فِي الْهَبَةِ بِمَعْنَى التَّمْلِكِ، أَمَّا بِمَعْنَى نَقْلِ الْيَدِ فَجَائِزَةٌ، وَهَبَةُ الْمَغْضُوبِ الْمَعْجُوزِ عَنِ انْتِزَاعِهِ، وَهُوَ مَا رَجَّحَهُ الرَّافِعِيُّ^(٢) وَغَيْرُهُ مِنْ وَجْهَيْنِ أَرْسَلَهُمَا فِي «الرَّوْضَةِ»^(٣)، وَهَبَةُ الزَّرْعِ قَبْلَ بَدْءِ الصَّلَاحِ بِدُونِ شَرْطِ الْقَطْعِ.

(لَكِنَّهُ أَطْلَقَ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٤) كَأَصْلِهَا أَنَّهُ يَجُوزُ هَبَةُ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ مَعَ زَرْعِهَا وَدُونَ زَرْعِهَا وَعَكْسُهُ، زَادَ فِي «الرَّوْضَةِ»: وَلَوْ قَبْلَ بَدْءِ الصَّلَاحِ بِلا شَرْطِ الْقَطْعِ)^(٥).

وَقَدْ يُفْهَمُ جَوَازُ هَبَةِ الْمَنَافِعِ لَجَوَازِ بَيْعِهَا بِالْإِجَارَةِ، فَإِنَّهَا بَيْعٌ لِلْمَنَافِعِ، وَهُوَ أَحَدُ وَجْهَيْنِ، فَلَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِقَبْضِهَا، وَهُوَ اسْتِيفَاؤُهَا لَا بِقَبْضِ الدَّارِ وَالدَّارِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَالثَّانِي: أَنَّ الدَّارَ عَارِيَةً، وَلَا تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ، وَعَلَى هَذَا تَكُونُ الدَّارُ مَضْمُونَةً، وَرَجَّحَ الْأَوَّلَ ابْنُ الرَّفْعَةِ وَالشُّبْكِيُّ وَالبُّلْقَيْنِيُّ، وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: الْأَرْجَحُ الثَّانِي، وَبِهِ جَزَمَ الْمَاوَرَدِيُّ وَغَيْرُهُ^(٦).

(١) فِي (هـ): «العين». وَفِي (ج): «الدين».

(٢) «الشرح الكبير» (٦/٣١٦).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/٣٧٣).

(٤) «روضة الطالبين» (٥/٣٧٣).

(٥) «روضة الطالبين» (٥/٣٧٣).

(٦) «أسنى المطالب» (٢/٤٨٦).

(٥) «روضة الطالبين» (٥/٣٧٣).

ولا بدَّ في الهبةِ المقابلةِ للهديةِ والصدقةِ من الصَّيْغَةِ، وهي الإيجابُ والقبولُ كما في البيعِ، فيفسدُها التعلُّيقُ والتأقيتُ إلَّا فيما يأتي من العُمَرَى والرُّقْبَى، ويقبَلُ للمحجورِ وليِّه، فإن لم يفعلْ انْعَزَلَ الوَصِيُّ والقيِّمُ دونَ الأبِ والجَدِّ، فإن كان الواهبُ الوليَّ قَبِلَ له الحاكمُ إلَّا إن كان أبًا أو جَدًّا فيتولَّى الطرفَينِ، وللعبْدِ نفسه، فإن كان صغيرًا فهل يقبَلُ السَّيِّدُ؟ فيه نظرٌ، ولا يبعدُ أنَّه الوليُّ^(١).

وعُلِمَ ممَّا ذَكَرَ أنَّه لو غَرَسَ شَجَرًا وقال عندَ غرسِهِ: «اغْرِسْهُ لطفلي»، أو «جعلتهُ له»، أو «اشتري حُلِيًّا أو غيرهَ لزوجتي أو وليِّهِ الصَّغِيرَ وزَيْنُهَا»^(٢) به، أو «جهَّز ابنته بأمتعة» لم يحصلِ المِلْكُ في شيءٍ من ذلك؛ لانتفاء الإيجابِ والقبولِ، فلمْ ادَّعَتْ بنته في الأخيرةِ أنَّه ملكها صدَّقَ هو بيمينه، وفي «فتاوى القاضي حُسين»: أنَّه لو نقلَ ابنته وجَهَّزَهَا إلى دارِ الزَّوجِ فإن قال: «هذا جهازُ ابنتي» فهو ملكٌ لها؛ أي: مؤاخَذةٌ بإقراره، وإن لم يقُلْ فهو إعارَةٌ ويصدقُ بيمينه^(٣). انتهى.

وفي صحَّةِ قبولِ بعضِ الموهوبِ، أو قبولِ أحدِ شخصَينِ نصفَ ما وهبَ لهما وجهان. وقضيةُ كلامِ الشَّيْخِينِ^(٤) ترجيحُ المَنعِ، وجَرَى عليه الإِسْنَوِيُّ^(٥)، ومَشَى غَيْرُهُ على الصَّحَّةِ، وفَرَّقَ بينَ الهبةِ والبيعِ.

(وَلَا تَلَزَمُ الْهَبَةُ الشَّامِلَةُ لِلْهَدِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ، وَلَا يَحْصُلُ الْمِلْكُ فِيهَا إِلَّا بِالْقَبْضِ) مِنَ الْوَاهِبِ أَوْ نَائِبِهِ أَوْ يَأْذِنُهُ فِيهِ، فَتَلَزَمُ وَيَحْصُلُ الْمِلْكُ، فَإِنْ اسْتَقْلَّ بِهِ لَمْ يَمْلِكْهَا وَدَخَلَتْ فِي ضَمَانِهِ، أَوْ كَانَ الْمَوْهوبُ جِزَاءً شَائِعًا فَقَبْضُ الْجَمْلَةِ يَأْذِنُ الْوَاهِبَ دُونَ الشَّرِيكِ صَحَّ وَأَثِمَ وَضَمِنَ نَصِيبَ الشَّرِيكِ، وَلَوْ حَصَلَتْ

(١) في (هـ): «كالولي».

(٢) في (هـ): «وزينهما».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٤٧٨/٢).

(٥) «المهمات» (٢٦٨/٦).

(٤) «الشرح الكبير» (٣١٦/٦)، و«روضة الطالبين» (٣٧٣/٥).

زيادة قبله منفصلة فهي للواهب لحدوثها على ملكه، أو تصرف قبله نقد تصرفه وكان رجوعاً، أو إن ظن لزوم الهبة بالعقد.

وصفة القبض كما في البيع، لكن لا يكفي هنا الإتلاف ولا الوضع بين يديه بلا إذنه^(١)، نعم إن أكله بإذن الواهب أو اعتقه أحدهما بإذن الآخر كان قبضاً، ولو زالت أهلية أحدهما قبل القبض لم يفسخ العقد، ويقوم وارثه أو وليه مقامه، فلو لم يرث الواهب إلا بيت المال فهل يقوم الإمام مقامه في الإقباض؟ قال بعضهم: ينقدح أن يقال: إن كانت تلك العين لو كانت ملكاً لبيت المال كان للإمام أن يملكها المتهب كان له إقباضه إياها، وإلا فلا، أو بين الإذن والقبض أو رجع الواهب أو وارثه عن الإذن بطل.

ولو قال لعبده: «إن وهبتك فانت حر» فوهبه ولم يقبضه قال الروياني^(٢): يحتمل ألا تقع الحرية؛ لأن الهبة لا تقع إلا بالقبض، ويحتمل أن تقع. قال والدي: وهو الأشبه.

(وَإِذَا قَبَضَهَا) أي: الهبة بمعنى الموهوب بأنواعه (الموهوب له) ملكها (وَلَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا) أي: في الهبة بالمعنى المذكور بقول أو فعل، أو بمعنى التمليك بأن يفسخه للزوم بالقبض (إِلَّا أَنْ يَكُونَ) الواهب (وَالِدًا) للموهوب له، ولو صغيراً أو لسيده، غير المكاتب الذي لم تنسخ كتابته؛ أي: ذالادة له، أباً كان أو أمّاً أو جدّاً أو جدة من جهة الأب أو الأم، فله الرجوع فيها، أو في بعضها بأنواعها بزيادتها المتصلة غير الحمل الحادث ولو قبل وضعه.

(١) في (ح) «إذن»

(٢) «بحر المذهب» (٨/ ٤٠٥).

وإن أسقط حقه من الرجوع ما دامت في ولاية الولد، فإن خرجت عنها بتلف أو بيع - أي: ولو من الولد كما اقتضاه إطلاقهم واستظهره بعضهم - أو هبة ولو لولده، أو رهن من غير الولد كما بحثه الزركشي وجزم به غيره مع القبض فيهما، أو كتابة أو إيلاد أو حجر فليس - لم يرجع، بخلاف حجر السفه وتزويج الموهوب وتدبيره، فلا يمنع الرجوع، كما لو انفك الرهن والكتابة بنحو: «رجعت فيما وهبت» أو «رددته إلي» أو «إلى ملكي»، أو «نقضت الهبة أو بطلتها أو فسختها»، لا بنحو البيع والهبة والوقف والاعتاق والوطء والإيلاد والإتلاف، ويلزمه بالوطء مهر المثل، وبالإيلاد والإتلاف القيمة، وتلغو البقية.

والوطء حرام وإن قصده به الرجوع، وإذا رجع ولم يأخذ المال من الولد فهو أمانة في يده، ولا يجوز تعليق الرجوع، ولو كان الموهوب يرضى فتفرخ أو حباً فزرعه الولد لم يرجع، وهل يجوز الرجوع في صورة البيع قبل لزومه؟ وجهان.

قال بعضهم: يحتمل أن يكونا مأخوذین من نظيره في اللقطة، ولو أراد الرجوع في منفعتها دون عينها فوجهان، أصحهما كما قال القاضي أبو الطيب والرويانى: المنع؛ لأن المنافع تابعة لملك الرقبة، ولو مريض الولد ورجع الأب ثم مات الولد فهل يصح رجوعه أم لا لأنه صار محجوراً؟ قال بعضهم: لم أره منقولاً. انتهى.

وقضية التعليل بأنه صار محجوراً اختصاص ذلك بما زاد على الثلث، ومحل الرجوع في الصدقة كما قال البلقيني^(١) في المتطوع بها غير لحم الأضحية، قال: وأما المتصدق به الواجب في زكاة أو فدية أو كفارة فلا رجوع

(١) التدريس في الفقه الشافعي (٢/٢٦٨).

للولد، وكذا لو كان أُرْسِلَ إليه لَحْمٌ أَصْحَى تَطَوُّعٌ وهو فقيرٌ أو غنيٌّ، فإنه لا ينبغي أن يرجع؛ لأنه إنما يرجعُ ليستفيدَ التَّصَرُّفَ والتَّصَرُّفُ في مثلِ هذا ممتنعٌ. قال: قلته تخريجًا ولم أرَ مَنْ تعرَّضَ له^(١). انتهى.

وما ذكره جَزَمَ به في «الأنوار»^(٢) ومثَّلَ مع الزَّكَاةِ بالوقْفِ عليه. وقضيتُه: أنه لا رجوعَ فيما نذرَه له أيضًا، وبه أفتى بعضُ اليمِينينَ وصَوَّبَه الأزرقُ منهم، وقال بعضهم: له الرجوعُ.

وخرَجَ بالهبةِ الإبراءَ فلا رجوعَ فيه، وإن قلنا: إنه تملكُ كما في «الروضة»^(٣). ويكون الواهبُ والدَّا: ما لم يكنْ كذلك، ومنه ما لو وهبَ لولده ثم مات^(٤) ولم يرثه إلا أبوه لمانعٍ في ولده فلا رجوعَ للجدِّ.

وبإسنادِ الرجوعِ إليه وليُّه، فلو وهبَ لابنَه شيئًا ثم جُنَّ فلا رجوعَ لوليِّه قطعًا. (وَإِذَا أَعْمَرَ شَيْئًا) غيره كـ «أَعْمَرْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ» أو «وَهَبْتُ» أو «جَعَلْتُ لَكَ عُمَرَكَ» أو «حَيَاتَكَ» أو «مَا عِشْتَ»، واقتصرَ على ذلك، أو زادَ «فَإِذَا مِتُّ فَهِيَ لورثتك» أو «عَادَ إِلَيَّ» أو «إِلَى ورثتي» أو «فهو حرٌّ».

(أَوْ أَزَقَبَهُ) غيره: كـ «أَرَقَبْتُكَ كَذَا» أو «جَعَلْتُ لَكَ رُقْبَى» أي: إن مِتَّ قبلي عادتْ إليَّ وإن مِتَّ قبلك استقرَّتْ لك، وكـ «وَهَبْتُهَا لَكَ عُمَرَكَ فَإِنْ مِتَّ قبلي عادتْ إليَّ أو إلى زبدي»، وإن مِتَّ قبلك استقرَّتْ لك (كَأَنَّ) ذَلِكَ الشَّيْءُ (لِلْمُعْمَرِ أَوْ لِلْمُرْقَبِ) على صيغةِ المفعولِ، (وَلَوْ رَثْتَهُ) ويلغُو الشرطُ لإطلاقِ الصَّحِيحَيْنِ^(٥):

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٨٣). (٢) «الأنوار» (٢/ ٢٢٨).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٨٠). (٤) زاد في (هـ) «أي الوالد».

(٥) «صحيح البخاري» (٢٦٢٥)، و«صحيح مسلم» (١٦٢٥) من حديث جابر رضي الله عنه.

«مَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِيبِهِ»، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا لَا تَرْجِعْ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا؛ لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ.

وخبَّرهما^(١): «العُمري ميراث لأهلها»، وخبَّر أبي داود^(٢): «لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُزَيِّبُوا، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا أَوْ أَعْمَرَهُ فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ».

والتَّهْيِي فِيهِ لِلإِشْرَادِ؛ أَي: لَا تُعْمِرُوا شَيْئًا طَمَعًا فِي عَوْدِهِ إِلَيْكُمْ، وَاعْلَمُوا أَنَّهُ مِيرَاثٌ.

وَالْعُمَرَى مِنَ الْعُمَرِ، وَالرَّقْبَى مِنَ الرَّقُوبِ؛ لِأَنَّ كِلَا مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِيمَا تَقَرَّرَ بَيْنَ الْعَالَمِ بِمَدْلُولِ هَاتَيْنِ الصَّيغَتَيْنِ وَغَيْرِهِ، وَقَدْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: إِنْ كَانَ الْمُعْمَرُ وَالْمَرْقُبُ عَالَمًا بِمَدْلُولِ هَاتَيْنِ اللَّفْظَتَيْنِ شَرْعًا فَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ لَا يَذَرِكُ مَعْنَاهُمَا فِي الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِمُقْتَضَاهُمَا إِشْكَالًا، وَيُشَبِّهُ أَنْ يُصَدَّقَ بِيَمِينِهِ إِذَا قَالَ: لَمْ أَعْلَمْ بِمُقْتَضَاهُمَا شَرْعًا إِذَا كَانَ مِمَّنْ يَخْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ^(٣). انْتَهَى.

وَقَوْلُهُ: (مَنْ بَعْدِي) لَدَفْعِ تَوَهُّمِ أَنَّهَا فِي الْحَالِ لَهُ وَلَوَرَثَتِهِ وَلَمْ يَرْتَهُ بِتَقْدِيرِ مَوْتِهِ، وَلَوْ وَقَّتْ بَعْمَرِ نَفْسِهِ أَوْ أَجْنَبِيٍّ؛ نَحْوُ: «جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرِي أَوْ عُمْرَ فُلَانٍ»، كَانَ فَاسِدًا؛ لِخُرُوجِهِ عَنِ اللَّفْظِ الْمُعْتَادِ، وَلِمَا فِيهِ مِنْ تَأْقِيتِ الْمِلْكِ لِحَوَازِ مَوْتِهِ أَوْ مَوْتِ فُلَانٍ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْهُوبِ لَهُ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: «عُمْرَكَ»؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ مَدَّةَ حَيَاتِهِ فَلَا تَأْقِيتَ فِيهِ.



(١) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ (٢٦٢٥)، وَمُسْلِمٌ (١٦٢٥) مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) «سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ» (٣٥٥٦).

(٣) «قَوْتُ الْمَحْتَاجِ» (١١٠ / ٤).

(فصل)

في اللقطة

وهي ما وُجدَ بنحوٍ مسجدٍ أو شارعٍ في أرضٍ بدارِ الإسلامِ، أو بها مُسلمٌ من حقٍّ ضائعٍ بنحوٍ سُقوطٍ أو غفلةٍ، محترمٍ لا يعرفُ الواجدُ مستحقَّهُ.

(وَإِذَا وَجَدَ أَحَدٌ (لُقْطَةً) أَي: حَقًّا ضائعًا (فِي) أرضٍ بدارِ الإسلامِ أو بها مسلمونَ أو مسلمٌ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ لَهُ كَمَا ذَكَرُوهُ فِي السَّيْرِ، وَمِثْلُهُ الذَّمِّيُّ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

(مَوَاتٍ أَوْ طَرِيقٍ) أَوْ نَحْوِهِمَا (فَلَهُ أَخْذُهَا وَتَرْكُهَا^(١))، وَ) لَكِنْ (أَخْذُهَا أَوْلَى)؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْبِرِّ (إِنْ كَانَ عَلَى ثِقَةٍ) مِنْ نَفْسِهِ (مِنْ الْقِيَامِ بِهَا) أَي: بِحِفْظِهَا وَعَدَمِ الْخِيَانَةِ فِيهَا، فَلَا يَجِبُ أَخْذُهَا، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ضَيَاعُهَا وَأَمَانَةُ نَفْسِهِ كَمَا يُصْرَحُ بِهِ كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ^(٢) كَمَا لَا يَجِبُ قَبُولُ الْوَدِيعَةِ، وَقَضِيَّتُهُ وَجُوبُ الْأَخْذِ هُنَا إِذَا تَعَيَّنَ لِأَخْذِهَا كَمَا يَجِبُ الْقَبُولُ هُنَاكَ إِذَا تَعَيَّنَ لِأَخْذِهَا بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ فِي يَدِ مَالِكِهَا بِخِلَافِ هَذِهِ، وَلَا يُنَافِي ذَلِكَ مَا ذَكَرَ عَنْ كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ لَصَحَّةِ حَمْلِهِ عَلَى حَالَةِ عَدَمِ التَّعَيُّنِ، وَمِنْ ثَمَّ قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَّعَيَّنْ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ غَيْرُهُ فَلْيَجِبِ الْأَخْذُ كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ فِي الْحَالَةِ الْمَذْكُورَةِ.

قال: وهذا أولى بالوجوب فإنَّ الودِيعَةَ تحْتَ يَدِ صَاحِبِهَا، لَكِنْ قَضِيَّتُهُ مَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ^(٣) فِي الْوَدِيعَةِ مِنْ أَنَّهُ لَوْ تَعَدَّدَ قَادِرُونَ عَلَى حِفْظِهَا فَعُرِضَتْ عَلَى

(١) فِي (ج): «أَوْ تَرْكُهَا».

(٢) الشَّارْحُ الْكَبِيرُ (٦/٣٣٨)، وَ«رُوضَةُ الطَّالِبِينَ» (٥/٣٩١).

(٣) «قَوْتُ الْمُحْتَاجِ» (٥/٦).

أحدهم تعيّن عليه؛ لأنها حيثنّذ فرض كفاية، فمن عيّن له تعيّن؛ لئلا يؤدّي إلى التواكل كما في أداء الشهادة. انتهى.

وجوب الأخذ هنا وإن وجد غيره؛ لئلا يؤدّي إلى التواكل فيلزم إمّا بطلان تقييده الوجوب بتعيّنه لها، لكنّه حيثنّذ مناف لكلام الشيخين، وإمّا بطلان بخره المذكور هناك، وأمّا الفرق بين البائين بتأكّد الأمر بطلب المالك، لكنّه مناف لما تقدّم عنه من أولويّة الوجوب هنا.

وقضية ما في «الإحياء»^(١) في كتاب الأمر بالمعروف من قوله: والحق عندنا أن يفصل ويقال^(٢): إن كانت اللقطة بمكان لو تركها لم تضع بأن كانت بمسجد أو رباط يتعيّن من يدخله وكلّهم أمناء لم يجب، وإن كانت في مضية فإن كان عليه تعب في حفظها كهيئة تحتاج إلى علف واضطبل لم يلزمه ذلك.. إلى آخره، أنّه لا أجر له هنا لمنفعة نفسه أو حرزه، لكن أشار في «المخادم» إلى ردّه بما ذكر في نظيره من الوديعة من أن له ذلك.

وقد يفرّق بأنّ الوديعة في يد مالكيها فلا يجب على غيره إتلاف منفعة نفسه وحرزه مجاناً بخلاف اللقطة، فهي كما لو مات رفيقه وخاف ضياع أمتعته يجب عليه نقلها مجاناً؛ فليتمل.

وقضية إطلاق المصنّف صحّة التقاط غير الواثق بالقيام بها، والفاسق والدّمي والمُرتدّ، والرّقيق والمُكاتب كتابةً صحيحة والمُبعض، والمُحجور عليه بصي أو جُنُونٍ أو سَفَهٍ، وهو كذلك في الجميع، لكن محلّه في الرّقيق إذا أُذِنَ سيّده، وإلا لم يصحّ التقاطه، وإن قصّد به سيّده.

(١) «إحياء علوم الدين» (٢/٣٢٨)

(٢) في (ح): «وقد يقال»

وهل إذنه له في الاكتساب مطلقاً إذن في الالتقاط؟ وجهان، بحث الزركشي^(١) ما حاصله ترجيح أولهما وفي الصبي إن كان مميماً كما قاله الإمام. قال الأذريعي^(٢): ومثله المجنون.

وينزع القاضي لُقطة الفاسق وتاليته؛ إذ ليسوا أهلاً للحفظ، وسلمها لعدل وأجرته في بيت المال كما في «الأنوار»^(٣)، وينصب مشرفاً عليهم في التعريف فإذا تم تملك الولي^(٤) لُقطة المحجور ويعرفها لا من مال المحجور، بل يرفع الأمر للقاضي ليبع بغضها لمؤنة التعريف، وإن كان القياس كما قال شيخ مشايخنا لزومها للمحجور؛ لما قرروه من أن مؤنة التعريف على الممتلك.

قال: ولعل هذا مستثنى من ذلك وتملكها له إن رأى المصلحة في تملكها حيث يجوز له الاقتراض له، وإلا حفظها أمانة أو سلمها للقاضي.

نعم يصح تعريف السفيه وتملكه بإذن وليه، وفي جواز إبقائها بيده إذا كان أميناً وجهان، وقد يقال: الأوجه عدم الجواز؛ لأن يده لا تصلح للمال، فإن قصر الولي في انتزاعها منه فتلفت أو أتلّفها ضمنها الولي؛ أي: غير الحاكم كما بحثه الزركشي في ماله أي: أصالة لا قراراً فقط كما قال الرافعي^(٥) أنه المفهوم من كلام الأصحاب معتزاً به ما أفهمه قول الغزالي، فقرار الضمان على الولي، وإن صرح به ابن يونس في «التعجيز» كما لو قصر بترك ما احتطبه في يده حتى تلف أو أتلّف؛ لأن عليه حفظه، ثم يعرف التالف ثم يملك له قيمتها بعد قبض الحاكم إياها؛ إذ ما في الدّمة لا يمكن تملكه إن رأى المصلحة في تملكها له كما تقدّم، أي: أو يأذن للسفيه في تملكها حينئذ كما تقدّم، فإن كمل قبل تملك الولي

(١) يطر: «أسنى المطالب» (٤٩٦/٢). (٢) «قوت المحتاج» (٤/١٤٥).

(٣) «الأنوار لأعمال الأمار» (٢/٢٣٥). (٤) في (د): «والولي».

(٥) «الشرح الكبير» (٦/٣٥٣).

تملكَ لنفسه، فإن كان في أثناء المدةِ فله التعريفُ كما قاله الماورديُّ.

والذي يظهرُ أنَّ له التَّتميمَ على تعريفِ الوليِّ لوقوعه مُعتدًّا به، وإن لم يُقَصِّرْ ضمنَ المحجورِ بالإتلافِ لا بالتلفِ، فإن قَصَرَ كما هو قضيةُ إطلاقِ الشَّيْخَيْنِ وغيرِهما خلافًا لِمَا ذَكَرَهُ بَعْضُهُمْ واقتضاءَ كلامِ شيخِ مشايخنا^(١)، وفي كلامِ بعضهم كالتَّأْسِرِيِّ أَنَّهُ يجوزُ للوليِّ وغيره أخذُ اللُّقْطَةِ مِنَ الصَّبِيِّ أو المَجْنُونِ على وجهِ الالتقاطِ لِعُرْفِهَا وتملكَها لنفسه على الأصحِّ، وَيَرَأَى الصَّبِيُّ أَي: والمَجْنُونُ مِنَ الضَّمانِ. انتهى.

وظاهره أنَّ ذلكَ مبنيٌّ على الأصحِّ من صحَّةِ التقاطِهما أيضًا، وفيه نظر؛ لأنَّه إذا صحَّ التقاطُهما فما أخذهَا غيرُ ضائعٍ فكيف يصحُّ التقاطُهما! والشَّيْخَانِ^(٢) إِنَّمَا ذَكَرَا فِي ذَلِكَ وجهينِ بناءً على القولِ بعدمِ صحَّةِ التقاطِهما على وجهِ يُشْعِرُ باختصاصه به حيثُ قالَا في جملةِ التَّفْرِيعِ على ذلكَ القولِ: أمَّا إذا قَصَدَ -أي: الوليُّ- بأخذِ اللُّقْطَةِ مِنَ الصَّبِيِّ ابتداءً الالتقاطَ ففيه وجهانِ وليكونَا كالخلافِ في الأخذِ مِنَ الْعَبْدِ على هذا القصدِ إذا لم نُصَحِّحِ التقاطَه. انتهى.

ففي تخريجِ المسألةِ على مسألةِ الْعَبْدِ إشعارٌ بالمنعِ على القولِ بصحَّةِ الالتقاطِ كما في مسألةِ الْعَبْدِ، ولا يخفى ما بينَ السَّيِّدِ والوليِّ مِنَ الْفَرْقِ؛ فَإِنَّ الْاَلْتِقَاطَ واقعٌ للسَّيِّدِ بخلافِ الوليِّ فهو هنا كالأجنبيِّ هناك، نعم إن أرادُوا تخصيصَ ذلكَ بما إذا انتفت مصلحةُ المحجورِ كان قريبًا فليُتَأَمَّلْ، وهي بينَ الْمُتَبَعِ وَسَيِّدِهِ فيُعْرَفَانِهَا ويتملكَانِهَا بحسبِ الرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ إن لم يكنْ بينهما مهايأةٌ، وإلَّا فهي لصاحبِ النُّوبَةِ حالةُ الالتقاطِ لا حالةُ التَّمْلُكِ، فلو تنازَعَا

(١) «أُسى المطالب» (٢/ ٤٨٨).

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٥٢)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٢).

فَيَمَنُ وَجَدَتْ فِي نَوْبِهِ صُدُقُ الْمُبْعَضِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ؛ لِأَنَّهَا فِي يَدِهِ^(١).
وَقَضِيَّةُ هَذَا التَّعْلِيلِ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِ السَّيِّدِ لِلْقَطْعِ بِسَبْقِ يَدِ الْمُبْعَضِ وَتَرْتِبِ
يَدِ السَّيِّدِ عَلَى يَدِهِ فَالْمَلِكُ لَهُ فَالْيَدُ لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ تَحْتَ يَدِ السَّيِّدِ.

قُلْتُ: مُجَرَّدُ سَبْقِ وَضْعِ الْمُبْعَضِ يَدَهُ لَا يَسْتَلْزِمُ كَوْنَ الْيَدِ لَهُ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ
وَضَعَ يَدَهُ فِي نَوْبِ السَّيِّدِ فَتَكُونَ الْيَدُ عَلَيْهَا لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ تَحْتَ يَدِ الْمُبْعَضِ؛ لِأَنَّ
الْيَدَ فِي نَوْبِ السَّيِّدِ عَلَى الْمُبْعَضِ وَمَا فِي يَدِهِ لِلْسَّيِّدِ، فَلِذَا لَمْ يُنْظَرْ إِلَى سَبْقِ وَضْعِ
الْيَدِ بَلِ لِلْسَّيِّدِ بِالْفِعْلِ حِينَ التَّنَازُعِ وَرَجَّحْنَا بَهَا، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا
أَوْ لَا فِي يَدٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَالَّذِي يَظْهَرُ حَلْفُ كُلِّ مِنْهُمَا لِلْآخِرِ وَجَعَلُهَا بَيْنَهُمَا.

ثُمَّ ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ صَحَّةُ التَّقَاطُفِ الْمُبْعَضِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ مُطْلَقًا وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا
مَهَابَةٌ وَوَقَعَ الِاتِّقَاطُ فِي نَوْبِ السَّيِّدِ، وَلَا يَخْلُو عَنْ إِشْكَالٍ؛ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ نَوْبِ
نَفْسِهِ كَالْقَيْنِ، وَخَرَجَ بِتَفْسِيرِ اللَّقْطَةِ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ بِمَا تَقَدَّمَ مَا أَلْقَاهُ هَارِبٌ
أَوْ رِيحٌ فِي حَجَرِهِ مَثَلًا، وَوَدِيعَةٌ خَلَفَهَا مُورَّثُهُ وَجُهِلَ مَالُكُهَا، فَلَا يَبْثُ لِدَلَالَةِ
حُكْمِ اللَّقْطَةِ مِنَ التَّخْيِيرِ بَيْنَ الْأَخْذِ وَعَدَمِهِ وَالتَّعْرِيفِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، بَلْ يَحْفَظُهُ
لِأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ، وَظَاهِرُ هَذَا الْكَلَامِ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ^(٢) بِحِفْظِ ذَلِكَ، لَكِنْ يُخَالِفُهُ مَا
نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ^(٣) عَنِ الْإِمَامِ فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ وَأَقْرَأَهُ: أَنَّ أَمْرَ الْمَالِ الضَّائِعِ إِلَى
الْإِمَامِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ بِتَخْصِيصِ ذَلِكَ بِغَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ لِمَزِيدِ الْعُلُقَةِ فِيهَا
بِهِ، أَوْ يُحْمَلُ هَذَا عَلَى مَا إِذَا تَعَدَّرَ الْإِمَامُ وَنَائِبُهُ، أَوْ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ أَنَّهُ يَحْفَظُهُ
بَعْدَ اسْتِثْنَائِهِ الْإِمَامَ.

وَيَكُونُ الْأَرْضُ بَدَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ بِهَا مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ: مَا لَوْ كَانَتْ

(١) يَظَرُ: «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٢/٤٨٨).

(٢) فِي (هـ): «يَخْتَصُّ».

(٣) «الشرح الكبير» (٦/٢٠٨)، و«روضة الطالبين» (٥/٢٧٩).

بِدَارِ الْحَرْبِ وَلَيْسَ بِهَا مَنْ ذُكِرَ فَلِقْطَةُ الْمُسْلِمِ بِهَا غَنِيمَةٌ خُمُسُهَا لِأَهْلِ الْخُمْسِ وَالْبَاقِي لَهُ.

وَبِكُونِهَا مَوَاتَا أَوْ نَحْوَهُ: مَا لَوْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ كَالْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ، فَلَيْسَ مَا أُجِدَّ فِيهَا لِقْطَةً، بَلْ هُوَ لَذِي الْيَدِ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ فَلَذِي الْيَدِ قَبْلَهُ، وَهَكَذَا إِلَى الْمُجِيبِ فَهُوَ لَهُ، فَإِنْ نَفَاهُ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ لِقْطَةٌ، نَعَمْ مَنْ وَجَدَ دَرَهْمًا فِي بَيْتِهِ وَلَمْ يَذَرِ أَمْرًا لَهُ أَوْ لِمَنْ دَخَلَ بَيْتَهُ فَعَلِيهِ تَعْرِيفُهُ لِمَنْ يَدْخُلُ بَيْتَهُ كَاللِّقْطَةِ كَمَا قَالَ الْقَفَّالُ^(١).

(وَإِذَا أَخَذَهَا) أَيِ: اللَّقْطَةِ وَاجْذُهَا (عَلَيْهِ أَنْ يَعْرِفَ) بَفَتْحِ الْيَاءِ عَقِبَ أَخْذِهَا كَمَا قَالَ الْمُتَوَلَّى وَغَيْرُهُ (سِتَّةَ أَشْيَاءَ):

(١) (وِعَاءَهَا) مِنْ جِلْدٍ أَوْ خِرْقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا،

(٢) (وَعَفَاصُهَا) كَذَا فِي «التَّنْبِيهِ»^(٢)، قَالَ النَّوَوِيُّ فِي «تَحْرِيرِهِ»^(٣): قَالَ الْخَطَّابِيُّ: أَضْلُهُ الْجِلْدُ الَّذِي يَلْبَسُ رَأْسَ الْقَارُورَةِ، وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي «الْمُهَذَّبِ»^(٤) وَالْجُمْهُورُ: وَالْعِفَاصُ الْوِعَاءُ وَكِلَاهُمَا صَحِيحٌ، وَيَتَبَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى هُنَا عَلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْوِعَاءِ وَالْعِفَاصِ. انْتَهَى.

(٣) (وَوِكَاءَهَا) أَيِ: خَيْطُهَا الْمَشْدُودَةُ بِهِ.

(٤) (وَجِنْسَهَا) مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا.

(٥) (وَعَدَدَهَا) فِيمَا يُعَدُّ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ.

(٦) (وَوَزْنَهَا) فِيمَا يوزَنُ كَالسَّبَائِكِ، وَكَيْلُهَا فِيمَا يُكَالُ كَالْحُبُوبِ وَالْأَدْهَانِ، وَذَرَعُهَا فِيمَا يُذَرَعُ كَالثِّيَابِ، وَيَجْمَعُ ذَلِكَ قَوْلَ غَيْرِهِ: «وَقَدَرُهَا» أَيِ: بِكَيْلٍ أَوْ

(١) ينظر. «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٠). (٢) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٣١).

(٣) «تحرير الفاظ التنبيه» (ص ٢٣٥). (٤) «المهذب» (٢/ ٣٠٤).

وزنٍ أو عَدٍّ أو دَرَجٍ، روى الشَّيْخَانِ^(١) قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِسَائِلِهِ عَنْ لُقْطَةِ الذَّهَبِ أَوْ الْوَرَقِ: «اعْرِفْ وَكَأَنَّهَا وَعِفَاصُهَا ثُمَّ عَرَّفْهَا سَنَةً». وَفِيَسَ عَلَى مَعْرِفَةٍ خَارِجِهَا فِيهِ مَعْرِفَةٌ دَاخِلِهَا، وَذَلِكَ لِيَعْرِفَ صَدَقَ وَاصِفِهَا.

وقوله: «وَإِذَا أَخَذَهَا» متعلِّقٌ بِالظَّرْفِ بَعْدَهُ، وقوله: «عليه أن يَعْرِفَ» ظاهره الوجوب، وعليه مَشَى ابْنُ الرَّفْعَةِ، وَمَشَى جُمُعٌ عَلَى النَّدْبِ، وَاسْتَنْبَطَهُ الْمُحَقِّقُ الْمَحَلِّي^(٢) مِنْ أَنَّ ذَكَرَ بَعْضَ الصِّفَاتِ فِي التَّعْرِيفِ مُسْتَحَبٌّ، وَقِيلَ: شَرْطٌ.

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الْإِلْتِقَاطِ وَلَا يَجِبُ، وَيَذَكَّرُ فِي الْإِشْهَادِ بَعْضُ الصِّفَاتِ وَلَا يَسْكُتُ عَنْهَا لِيَكُونَ فِي الْإِشْهَادِ فَائِدَةٌ، وَلَا يَحْرُمُ اسْتِيعَابُهَا بِلِ يُكْرَهُ، كَمَا نَقَلَهُ الْقَمُولِيُّ عَنِ الْإِمَامِ^(٣) وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْأَنْوَارِ»^(٤)، وَمَحَلُّ اسْتِحْبَابِ الْإِشْهَادِ إِذَا لَمْ يَكُنِ السُّلْطَانُ بِحَيْثُ إِذَا عَلِمَ بِهَا أَخَذَهَا، وَإِلَّا امْتَنَعَ كَالْتَّعْرِيفِ كَمَا جَزَمَ بِهِ النَّوَوِيُّ فِي «نُكْتِهِ»، فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ.

وقضيةٌ عَدَمُ تَحْرِيمِ الْاسْتِيعَابِ عَدَمُ الضَّمَانِ بِهِ، بِخِلَافِ الضَّمَانِ بِاسْتِيعَابِهَا فِي التَّعْرِيفِ لِحَرَمَةِ الْاسْتِيعَابِ هُنَاكَ كَمَا سَيَأْتِي.

(وَيَحْفَظُهَا فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا) وَجُوبًا كَسَائِرِ الْأَمَانَاتِ، (ثُمَّ إِذَا أَرَادَ تَمَلُّكَهَا عَرَّفَهَا) وَجُوبًا فِي بَلَدِ الْإِلْتِقَاطِ أَوْ قَرِيَّتِهِ أَوْ أَقْرَبِ الْبِلَادِ إِلَى مَوْضِعِهِ مِنَ الصَّحَرَاءِ، بِنَفْسِهِ أَوْ نَائِبِهِ، وَلَا يَكْفِي تَعْرِيفُ مَشْهُورٍ بِالْخَلَاعَةِ وَالْمُجُونِ. قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ: وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْأَمَانَةُ إِذَا حَصَلَ الْوُثُوقُ بِقَوْلِهِ.

(سَنَةً)؛ لِلْحَدِيثِ السَّابِقِ، وَيُقَاسُ بِمَا فِيهِ غَيْرُهُ (عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ) عِنْدَ خُرُوجِ النَّاسِ مِنَ الْجَمَاعَاتِ وَفِي مَجَامِعِ النَّاسِ، (و) يَكْثُرُ مِنْهُ (فِي الْمَوْضِعِ

(١) رَوَاهُ الْحَارِثِيُّ (٢٤٣٦)، وَمُسْلِمٌ (١٧٢٢).

(٢) «كَتَبَ الرَّاعِي» (١١٧/٣).

(٣) يَطْرُقُ. «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٤٨٧/٢).

(٤) «الْأَنْوَارُ» (٢٣٥/٢).

الَّذِي وَجَدَهَا فِيهِ؛ لَأَن طَلَبَ الشَّيْءَ فِي مَكَانِهِ أَكْثَرَ.

فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا اسْتَنْابَ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ مَنْ يَحْفَظُهَا وَيُعَرِّفُهَا، فَإِنْ سَافَرَ بِهَا أَوْ اسْتَنْابَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ مَعَ وَجُودِهِ ضَمِنَ، وَلَوْ التَّقَطَّ فِي الصَّحَرَاءِ وَهَنَاكَ قَافِلَةٌ تَبِعَهَا وَعَرَّفَ فِيهَا، وَالْأَفْهَى مَقْصِدُهُ وَإِنْ بَعُدَ أَوْ غَيْرَ قَصْدِهِ إِلَيْهِ حَتَّى لَوْ قَصَدَ ابْتِدَاءَ بَلَدَةٍ ثُمَّ قَصَدَ أُخْرَى وَلَوْ بَلَدَتَهُ الَّتِي سَافَرَ مِنْهَا لَزِمَهُ التَّعْرِيفُ فِيهَا.

وَيَنْبَغِي أَلَّا يَكُونَ الْمُرَادُ فِي صُورَةِ الْقَافِلَةِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَّبِعَهَا وَإِنْ لَزِمَ الْعُدُولُ عَنْ مَقْصِدِهِ أَوْ مَحَلِّ إِقَامَتِهِ بِالصَّحَرَاءِ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الضَّرَرِ الَّذِي لَا يُحْتَمَلُ، بَلْ أَنَّهُ يُعَرَّفُ فِيهَا مَا دَامَتْ هُنَاكَ، فَإِنْ ذَهَبَتْ إِلَى غَيْرِ مَقْصِدِهِ فَإِنْ شَاءَ تَبِعَهَا وَعَرَّفَ فِيهَا وَإِنْ شَاءَ ذَهَبَ إِلَى مَقْصِدِهِ وَعَرَّفَ فِيهِ.

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ» إِلَى أَنَّهُ لَا يُعَرَّفُ فِي الْمَسَاجِدِ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا لَا تَطْلُبُ اللَّقْطَةُ فِيهَا أَيُّ: يُكْرَهُ التَّعْرِيفُ فِيهَا كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي «شَرْحِ الْمَهْدَبِ»^(١) وَقَالَ الْإِسْنَوِيُّ: إِنَّهُ الْمَنْقُولُ، أَوْ يَحْرُمُ كَمَا افْتَضَاهُ كَلَامُ «الرَّوَضَةِ»^(٢) وَ«أَصْلُهَا»^(٣)، وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٤): إِنَّهُ الْمَنْقُولُ، وَالصَّوَابُ لِلْأَحَادِيثِ الظَّاهِرَةِ فِيهِ، وَبِهِ صَرَّحَ الْمَاوَزِدِيُّ^(٥) وَغَيْرُهُ.

وَلَعَلَّ النَّوَوِيَّ لَمْ يُرِذْ بِاطِّلاقِ الْكِرَاهَةِ كِرَاهَةَ التَّنْزِيهِ. قَالَ: وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ التَّحْرِيمِ أَوْ الْكِرَاهَةِ إِذَا وَقَعَ ذَلِكَ بَرَفْعِ الصَّوْتِ كَمَا أَشَارَتْ إِلَيْهِ الْأَحَادِيثُ، أَمَّا لَوْ سَأَلَ الْجَمَاعَةُ بِدُونِ ذَلِكَ فَلَا تَحْرِيمَ وَلَا كِرَاهَةَ. وَيُسْتَشْنَى الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ، فَالتَّعْرِيفُ فِيهِ مَبَاحٌ، وَالْحَقُّ بِهِ مَسْجِدُ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى.

(١) «المجموع شرح المهذب» (٢٥٦/١٥). (٢) «روضة الطالبين» (٤٠٩/٥).

(٣) «الشرح الكبير» (٣٦٣/٦). (٤) «قوت المحتاج» (١٦٤/٤).

(٥) «الحاوي الكبير» (١٣/٨).

ولا يجب استيعاب السنة بالتعريف، بل يُعرَّف على العادة، فيُعرَّف أولاً كل يوم طرفي النهار، ثُمَّ كل يوم مرة، ثُمَّ كل أسبوع مرة أو مرتين، ثُمَّ كل شهر كذلك بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى.

وسكت الشيخان عن مقدار المديد، وفي «التهديب»^(١) ذكر الأسبوع في المدة الأولى ويقاس بها الثانية، وقدّر^(٢) بعض المتأخرين الثالثة بسبعة أسابيع والرابعة ببقية السنة، وحكى الزركشي بصيغة «قيل»: أن مرادهم بكل مدة من الأربع ثلاثة أشهر.

وفي قولهم: «بحيث لا ينسى» إلى آخره إشارة إلى ضابط الفصل بين كل تعريفين، وقد يتوهم أن هذا مخالف لما يأتي من جواز تفريق السنة، وهو خطأ، فإن الكلام هنا فيها بحسب المجموع مع الفاصل فيه بخلاف ذلك.

ولا موالاتها حتى لو فرقتها فعرَّف شهراً وترك شهراً وهكذا إلى تمام السنة كفى في الأصح، وقيدَه الإمام بما إذا لم يؤدَّ ذلك إلى نسيان التوب السابقة، وإلا فلا يجوز قطعاً، وبأن يبين في التعريف زمن الوجدان حتى يكون ذلك في مقابلة ما جرى من التأخير السابق المنسي ولا المبادرة إلى التعريف عقب الأخذ، ولا عقب إرادة التملك^(٣).

ويستحب أن يذكر في التعريف بعض صفاتها ولا يستوعبها؛ لئلا يعتمدها كاذب، فإن استوعبها ضمن، فعلم أنه يحرم استيعابها، وبه صرح الأذرع^(٤). ومحل وجوب التعريف سنة في غير القليل، وهو ما يكثر الأسف عليه

(١) «التهديب في فقه الإمام الشافعي» (٤/٥٤٩).

(٢) في (هـ): «وقاس».

(٣) يطر: «أسى المطالب» (٢/٤٩٢).

(٤) «قوت المحتاج» (٤/١٦٩).

ويطول طلبه غالباً، أمّا القليل فإن لم يكن متمولاً كحبة الحنطة لم يُعرَف، بل لواجه الاستبداد به.

نعم إن فرض تقوُّم نحو الثمرة لنحو شدة جوع عَرَفَ، وإن كان متمولاً عَرَفَ إلى أن يظنَّ إعراض صاحبه عنه غالباً، ويختلف ذلك باختلاف الأموال والملاك، وكذا الأحوال كما هو ظاهر.

وأفهم قوله: «إذا أراد تملكها» أنه إذا أراد حفظها أبداً لم يجب عليه تعريفها، وهو ما قاله الأكثرون، وصحَّح الإمام والغزالي وجوبه^(١)، وفي «الروضة»^(٢) أنه الأقوى والمختار، وصحَّحه في «شرح مُسلم»^(٣).

والكلام في غير لُقطة حرم مكة، أمّا هي فلا نزاع في أنه لا يجوز التقاطها إلا للحفظ، وأنه يجب تعريفها أبداً وإن كانت حقيرة كما هو ظاهر إطلاقهم. قال في «الروضة»^(٤): ويلزمه الإقامة بها للتعريف أو دفعها إلى الحاكم.

نعم إن كانت غير متمولة فينتج عدم وجوب تعريفها وجواز الاستبداد بها. ومؤنة التعريف على الملتقط إن قصَد التملك وإن لم يملك ولو بعد التقاطه بقصد الحفظ أو بلا قصد، فإن قصَد الحفظ ولو بعد التقاطه بقصد التملك أو بلا قصد فهي في بيت المال، فإن لم يكن فيه سعة فعلى المالك بأن يقتصر عليه الحاكم منه أو من غيره أو يأمره بصرفها ليرجع، وقضية كلام الشيخين^(٥) أن وجوبها على بيت المال إنفاق لا اقتراض. قال الأذرعِي: وهو الأقرب، وقضية

(٢) «روضة الطالبين» (٤٠٩/٥).

(٤) «روضة الطالبين» (٤١٣/٥).

(١) «أسنى المطالب» (٤٩١/٢).

(٣) «شرح النووي على مسلم» (٢٢/١٢).

(٥) «الشرح الكبير» (٣٦٢/٦)، و«روضة الطالبين» (٤٠٨/٥).

كلام ابن الرِّفْعَةِ^(١) أَنَّهُ إِقْرَاضٌ.

(فَإِنْ) عَرَّفَهَا بِقَصْدِ التَّمْلُكِ وَلَمْ يَحْدِ صَاحِبَهَا) بَعْدَ تَمَامِ التَّعْرِيفِ (كَانَ لَهُ) غَنِيًّا كَانَ أَوْ فَقِيرًا (أَنْ يَتَمَلَّكَهَا) بِاللَّفْظِ كـ «تَمَلَّكْتُ» فِي مَعْنَاهُ إِشَارَةُ الْآخِرِسِ، وَتَكْفِيهِ الْكِتَابَةُ مَعَ النِّيَّةِ، وَلَوْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَمْلِكُ كَخَمِيرٍ وَكَلْبٍ فَلَا بَدَّ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى نَقْلِ الْإِخْتِصَاصِ مِنْ^(٢) لَفْظٍ أَوْ نَحْوِهِ كَمَا بَحَثَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ.

قَالَ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٣): وَالظَّاهِرُ أَنَّ وَلَدَ اللَّقْطَةِ كَاللَّقْطَةِ إِنْ كَانَتْ حَامِلًا بِهِ عِنْدَ التَّقَاطُطِهَا وَانْفَصَلَ مِنْهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا، وَإِلَّا مَلَكَهَ تَبَعًا لَأُمِّهِ، وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْوَلِيَّ يَتَمَلَّكُ لِمَحْجُورِهِ إِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي تَمَلُّكِهِ حَيْثُ يَجُوزُ الْإِقْرَاضُ لَهُ، وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ يُنْقَلُ الْإِخْتِصَاصُ لَهُ إِذَا كَانَتْ مِمَّا لَا يَمْلِكُ لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الشَّرْطُ هُنَا مُجَرَّدَ عَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ، فَإِنْ عَرَّفَهَا لَا بِقَصْدِ التَّمْلُكِ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ التَّمْلُكُ عَرَّفَهَا مِنْ حِينِئذٍ، وَلَا يُعْتَدُّ بِمَا سَبَقَ، بِخِلَافِ مَا لَوْ عَرَّفَهَا بِقَصْدِ التَّمْلُكِ فَلَا تَجِبُ إِعَادَةُ التَّعْرِيفِ فِيْمَا يَظْهَرُ.

وَقَوْلُهُ: (بِشَرْطِ الضَّمَانِ) أَي: لِصَاحِبِهَا إِذَا ظَهَرَ بَعْدَ تَمَلُّكِهَا بِأَنْ يُرَدَّهَا عَلَيْهِ بِالتَّخْلِيَةِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قَبْلَ طَلَبِهِ إِنْ أَثَبَّتَ مَلْكُهُ أَوْ أَقَرَّ هُوَ لَهُ مَعَ زِيَادَتِهَا إِلَّا الْمُنْفَصَلَةَ الْحَادِثَةَ بَعْدَ التَّمْلُكِ كَحَمَلٍ حَدَثَ بَعْدَهُ وَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ، وَمَعَ أَزْشٍ عِيبٍ حَدَثَ بَعْدَهُ إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ لَازِمٌ وَلَمْ يَرْضَ الْمَالِكُ بِبَدْلِهَا، فَلَوْ ظَهَرَ بَعْدَ بَيْعِهَا فِي زَمَنِ خِيَارٍ لَا يَخْصُ الْمُشْتَرِي فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ، أَوْ يَدْفَعُ لَهُ مِثْلَهَا فِي الْمِثْلَبَةِ وَقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّمْلُكِ فِي الْمُتَقَوِّمَةِ إِنْ كَانَتْ تَالِفَةً، وَالْمُرَادُ بَيَانُ ثُبُوتِ الضَّمَانِ بِحَكْمِ الشَّرْعِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، لَا احْتِيَاجُ التَّمْلُكِ إِلَى إِنْشَاءِ التَّزَامٍ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ التَّمْلُكِ وَوَرِثَهُ نَحْوُ صَبِيٍّ أَوْ بَيْتٍ الْمَالِ فَهَلْ يَنْتَقِلُ حَقُّ التَّمْلُكِ

(٢) فِي (ج) (ن). «عَنْ».

(١) «كَامِيَةِ السَّبِيهِ فِي شَرْحِ التَّنْبِيهِ» (١١/٤٢٧).

(٣) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/٤٩٤).

للصَّغِيرِ فِي الْأُولَى فَلَوْلَيْهِ أَنْ يَتَمَلَّكَ لَهُ وَلِلْمُسْلِمِينَ فِي الثَّانِيَةِ فَلِلْإِمَامِ التَّمَلُّكُ لَهُمْ؟ تَرَدَّدَ فِيهِ الرِّزْكَسِيُّ وَلَا يَبْعُدُ الْإِنْتِقَالُ.

(وَاللُّقْطَةُ) مَنْقِسِمَةٌ (عَلَى أَرْبَعَةٍ أَضْرِبٍ) جَمْعُ ضَرْبٍ بِالشُّكُونِ أَيْ نَوْعٍ:
(أَخَذَهَا: مَا يَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ) الْمُعْتَادِ بِعِلَاجٍ بِأَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يُسْرَعُ فُسَادُهُ
كَالثِّيَابِ وَالْأَوَانِي وَالتَّقْوِدِ، وَلَيْسَ حَيَوَانًا بِدَلِيلِ مَا يَأْتِي.
(فَهَذَا) الْمَذْكُورُ مِنْ تَعْرِيفِهِ ثُمَّ تَمَلُّكِهِ إِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهُ بِشَرْطِ الصَّمَانِ
(حُكْمُهُ) لَيْسَ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ.

(وَالثَّانِي: مَا لَا يَبْقَى) عَلَى الدَّوَامِ الْمُعْتَادِ بِعِلَاجٍ وَلَا غَيْرِهِ، بِأَنْ يَكُونَ مِمَّا
يُسْرَعُ فُسَادُهُ (كَالطَّعَامِ الرُّطْبِ) بِفَتْحِ الرَّاءِ كَالْهَرِيسَةِ، وَكَالرُّطْبِ بِضَمِّ الرَّاءِ
الَّذِي لَا يَتَجَفَّفُ، فَيَجُوزُ أَخْذُهُ لِلْحَفْظِ وَلِلتَّمَلُّكِ، فَإِنْ أَخْذَهُ لِلْحَفْظِ فَالظَّاهِرُ
تَعَيُّنُ الْخَصْلَةِ الثَّانِيَةِ الْآتِيَةِ، وَإِنْ أَخْذَهُ لِلتَّمَلُّكِ (فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ) بَعْدَ
تَمَلُّكِهِ فِي الْحَالِ (وَعُغْرَمِهِ) أَيْ: غُرِمَ بِدَلِّهِ لِمُصَاحَبِهِ عِنْدَ ظَهْرِهِ، (أَوْ بَيْعِهِ) بِإِذْنِ
الْحَاكِمِ إِنْ وَجَدَهُ (وَحِظْفُ ثَمَنِهِ) سَوَاءً فِي ذَلِكَ وَجَدَهُ فِي مَفَازَةٍ أَوْ عِمْرَانٍ، وَلَا
يَتَأْتِي إِمْسَاكُهُ لَتَعُدُّرِهِ، ثُمَّ بَعْدَ الْأَكْلِ أَوْ الْبَيْعِ يَجِبُ تَعْرِيفُ الْمَأْكُولِ أَوْ الْمَبِيعِ
لَا الْقِيَمَةَ وَالثَّمَنَ إِنْ وَجَدَهُ فِي الْعِمْرَانِ، فَإِنْ وَجَدَهُ فِي الصَّحَرَاءِ قَالَ الْإِمَامُ فِي
صُورَةِ الْأَكْلِ: فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ التَّعْرِيفُ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ، حَكَاهُ عَنْهُ فِي
«الرَّوَضَةِ»^(٤) وَ«أُضْلِيهَا»^(٥)، وَصَحَّحَهُ فِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ».

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٦): لَكِنْ الَّذِي يَفْهَمُهُ إِطْلَاقُ الْجُمْهُورِ أَنَّهُ يَجِبُ أَيْضًا، قَالَ:
وَلَمَّا مَرَادَ الْإِمَامُ أَنَّهَا لَا تُعَرَّفُ بِالصَّحَرَاءِ، لَا مُطْلَقًا. انْتَهَى. أَيْ: كَمَا يَرِشِدُ إِلَيْهِ

(٤) «الشرح الكبير» (٦/٣٥٥).

(٥) «روضة الطالبين» (٥/٤١١).

(٦) «قوت المحتاج» (٢/١٥٩).

تعليله فتعرّف في العمران إذا انتقل إليها، وفي الصحراء إذا دخلها الناس.

وما ذكر عن الإمام وغيره في الأكل يتّجه جريانه في البيع أيضاً لوجود المعنى الذي ذكره، ولا ينافي ذلك أن البيع يستلزم وجود المشتري هناك كما لا يخفى على أن البيع يتصور مع عدمه هناك بنحو المكاتبية، وليس المراد هنا وفيما يأتي التّخيير بالتّشهي بل عليه فعل الأخط كما بحثه في «المهمّات»^(١)، والتعبير بـ «أو» بعد «بين» مما يجري على اللّسنة، والقويم الواو^(٢).

ولا يجب هنا ولا فيما يأتي إفراز القيمة المغرومة إلّا عند تملكها لعدم صحّة تملك الدين، فإن أفرزها ولو بغير إذن الحاكم إن لم يحذه صارت أمانة، ويتملّكها بعد التعريف.

قال الشّيخان^(٣): وهذا يقتضي صيرورة المفز ملئاً لمالك اللّقطه، ولهذا لو تلف بلا تفريط سقط حقّه، والمعتبر في القيمة قيمة يوم الأخذ إن قصّد الأكل، وقيمة يوم الأكل إن قصّد التعريف أي: قبل الأكل.

(والثالث: ما يتّقى) على الدّوام المعتاد (بِعلاج؛ كالرّطب) الذي يتجفّف بضمّ الرّاء، وكاللبّن الذي يتّخذ أقطاً (فَيُفْعَل) الملتقط وجوباً (مافيه المصلحة) لصاحبه (من بيعه) رطباً بإذن الحاكم إن وجده (وحفظه ثمّنه أو تخفيفه وحفظه) ثمّ إن تبرّع الملتقط أو غيره بتخفيفه وإلا بيع بعضه لتخفيف الباقي إن ساوى مؤنة التّجفيف، بخلاف ما يأتي في الحيوان من أنّه يُباع كلّه.

قال الرّافعي^(٤): لأنّ علّفه يتكرّر فيؤدّي إلى أن يأكل نفسه، فإن استوى الأمران أعني البيع والتّجفيف فكما لو كانت المصلحة في التّجفيف كما صرح

(١) «المهمّات» (٢٨٧/٦).

(٢) في (هـ): «والواو».

(٣) «الشرح الكبير» (٣٦٨/٦)، و«روضه الطالبين» (٤١٢/٥).

(٤) «الشرح الكبير» (٣٦٨/٦).

به شيخُ مشايخنا^(١) وهو ظاهرٌ للمُحافظة على بقاء العينِ بقدرِ الإمكان، ثُمَّ بعدَ البيعِ أو التَّجفيفِ يُعرِّفُه، ويظهرُ جوازُ التعريفِ أيضًا قبلَهُما ومَعَهُما؛ لأنَّ المُعرِّفَ الرُّطْبَ كما هو ظاهرٌ، وليس له الأكلُ في الحالِ كما أفهَمَه كلامُه وإن خالَفَ فيه بعضُ الأصحابِ.

(وَالرَّابِعُ: مَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفَقَةٍ كَالْحَيَوَانِ) غيرِ الآدميِّ (وَهُوَ) أي: الحيوانُ (ضَرْبَانِ):

أحدهما: (حَيَوَانٌ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ) من صِغارِ السَّباعِ؛ كالذئبِ والنَّمِرِ والفهدِ، كِشاةٌ وعِجلٌ وفَصِيلٌ وَجَحْشٍ، فيجوزُ أخْذُه للتَّمْلِكِ والحِفْظِ، وجَدَه في صحراءٍ أو حَضَرٍ صِيَانَةً لَهُ عَنِ الْخَوْنَةِ وَالسَّباعِ، فَإِنْ أَخَذَهُ لِلْحِفْظِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ مَا عَدَا الْأَوَّلَى مِنَ الْخِصَالِ الْآتِيَةِ.

وإن أَخَذَهُ للتَّمْلِكِ فإِنْ كَانَ مِنْ مَفَازَةٍ (فَهُوَ مُخَيَّرٌ) فِيهِ (بَيْنَ أَكْلِهِ) فِي الْحَالِ بَعْدَ تَمْلِكِهِ إِنْ كَانَ مَأْكُولًا، (وَعُزْمَ تَمْنِيهِ) لِمُصَاحِبِهِ عِنْدَ ظُهُورِهِ، وَلَهُ تَمْلِكُهُ إِذَا أَفْرَزَهُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ وَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُهُ كَالشَّيْخَيْنِ^(٢) مِنْ عَدَمِ وَجوبِ التَّعْرِيفِ هُنَا هُوَ الظَّاهِرُ عِنْدَ الْإِمَامِ. قَالَ: لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ فِي الصَّحَرَاءِ، وَالْمُتَّجِعُ حَمْلُهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الضَّرْبِ الثَّانِي.

عَلَى أَنَّ هَذَا التَّعْلِيلَ جَارٍ فِيمَا يَأْتِي مِنَ الْخَصْلَتَيْنِ الْآخِرَتَيْنِ مَعَ عَدَمِ ذِكْرِ هُمَا كَلَامِ الْإِمَامِ هَذَا فِيهِمَا، وَالْأَوْجَهُ إِجْرَاءُ كَلَامِهِ فِيهِمَا أَيْضًا مَعَ حَمْلِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَيْضًا؛ إِذْ لَا مَعْنَى لَوْ جَوَّبَ التَّعْرِيفُ فِي الْمَفَازَةِ فِي سَائِرِ الْخِصَالِ حَيْثُ خَلَا عَنِ الْفَائِدَةِ لِعَدَمِ الْيَأْسِ هُنَاكَ، نَعَمْ صَاحِبُ «الْوَافِي» حَكَى عَدَمَ

(١) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/ ٤٩٤)

(٢) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٦/ ٣٥٥)، وَ«رُوضَةُ الطَّالِبِينَ» (٥/ ٤١١).

الوجوبِ عَنِ الْمَآوِزِيِّ، وَوَجَّهَهُ بِأَنَّ الْبَدَلَ بَعْدَ الْأَكْلِ لَا زِمَ لَهُ، وَأَنَّهُ لَا يَتِمَّلُكُ، وَالتَّعْرِيفُ يُرَادُ لِلتَّمْلُكِ^(١)، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْإِمْسَاكِ لِأَصْلِ اللَّقْطَةِ. انْتَهَى.

وَيُمْكِنُ الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْخَصْلَةِ وَاللَّتَيْنِ بَعْدَهَا عَنِ الْإِمَامِ، لَكِنْ لَا يَخْفَى مَا فِيهِ؛ لِأَنَّ إِمْسَاكَ أَصْلِ اللَّقْطَةِ لَا يَقْتَضِي عَدَمَ وَجوبِ التَّعْرِيفِ، وَالْمُرَادُ بِالثَّمَنِ هُنَا قِيمَتُهُ يَوْمَ الْاِتِّفَاقِ إِنْ أُخِذَ لِلْأَكْلِ وَيَوْمَ الْأَكْلِ إِنْ أُخِذَ لِلتَّعْرِيفِ.

(أَوْ تَرْكِهِ) أَي: إِمْسَاكِهِ سِوَاءَ كَانَ مَأْكُولًا أَمْ لَا، (وَالتَّطَوُّعُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) فَإِنْ أَرَادَ الرَّجُوعَ بِهِ فَلْيَنْفِقْ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ أَشْهَدَ ثُمَّ يَتِمَّلُكُهُ بَعْدَ تَعْرِيفِهِ، وَلَعَلَّ مُحَلَّهُ إِذَا لَمْ يَتَأْتِ بِإِجَارِهِ وَلَا أَوْجَرَ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرِهِ إِنْ لَمْ يَتَبَرَّغْ بِإِنْفَاقِهِ وَحَفِظَ الْفَاضِلَ.

وَهَلْ لَهُ الْاِسْتِقْلَالُ بِإِيجَارِهِ مَعَ وَجُودِ الْحَاكِمِ؟ فِيهِ نَظَرٌ.

(أَوْ بَيْعِهِ) كَذَلِكَ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ إِنْ وَجَدَهُ (وَحَفِظَ ثَمَنَهُ) ثُمَّ يَتِمَّلُكُ الثَّمَنَ بَعْدَ تَعْرِيفِ الْمَبِيعِ وَإِنْ كَانَ أَخَذَهُ مِنَ الْحَضَرِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْأَخِيرَتَيْنِ فَقَطْ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، فَيَتَمَتَّعُ الْأَوَّلَى لِسُهُولَةِ الْبَيْعِ فِي الْحَضَرِ بِخِلَافِ الْمَفَازَةِ، فَقَدْ لَا يَجِدُ فِيهَا مَنْ يَشْتَرِي وَيَشُقُّ النُّقْلَ.

(٢) (وَحَيَوَانٌ يَتَمَتَّعُ) مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ (بِنَفْسِهِ) بِأَنْ يَتَمَتَّعَ بِقُوَّتِهِ كَبَعِيرٍ وَفَرَسٍ وَحِمَارٍ، أَوْ بَعْذُوهُ كَأَرْنبٍ وَظَبْيٍ، أَوْ بِطَيْرَانِهِ كَحَمَامٍ، (فَإِنْ وَجَدَهُ فِي الصَّخْرَاءِ) أَي: الْبَرِّيَّةِ فِي غَيْرِ زَمَنِ نَهَبٍ وَنُخُوهِ (تَرْكَةً) وَجُوبًا، فَيَتَمَتَّعُ أَخْذَهُ لَتَمْلُكِهِ؛ لِلنَّهْيِ عَنْهُ حِينَئِذٍ فِي خَبَرِ الصَّحَّاحِينَ^(٢)، فَإِنْ أَخَذَهُ كَذَلِكَ ضَمِنَتْهُ، وَلَا يَسْرُأُ بَرْدُهُ إِلَى مَوْضِعِهِ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَى الْقَاضِي بَرئَ كَمَا فِي الْغَضَبِ، أَمَّا أَخْذُهُ لِحَفِظِهِ مُطْلَقًا أَوْ

(١) فِي (ح) «لِلتَّمْلُكِ».

(٢) رَوَاهُ الْحَارِيُّ (٩١)، وَمُسْلِمٌ (١٧٢٢) مِنْ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْحَنْبَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

لتملكه في زمن نهب ونحوه فجائز للمحاكم وغيره. وينبغي أن يجري في القسمين التخيير الآتي فيهما في الحضر.

(وإن وجدته في الحضر) أي: في قرية أو بلدة أو بقر بهما ولو في زمن أمن، فله أخذه للتملك وللحفظ خشية ضياعه لعدم وجدانه ما يكفيه، وبامتداد اليد الخائنة إليه لعموم طروق الناس في الحضر، بخلافه في الصحراء، فإن أخذه للحفظ فالظاهر أنه يُخَيَّر بين ما عدا الأولى مما سيأتي.

وإن أخذه للتملك (فهو مُخَيَّر بين الأشياء الثلاثة) المُتَقَدِّمة فيما لا يمتنع، وقوله (فيه) متعلق بـ «مُخَيَّر»، نعم تجوز الأولى له هنا لا يأتي على قول الأكثرين السابق فيما لا يمتنع كما هو ظاهر، وقضية كلام المُصَنِّف أنه لا يجوز بيع جزء الحيوان لفقعة باقية، وهو ما حكاه الإمام احتمالاً عن شيخه؛ لأنه يؤدي إلى أن يستغرق نفسه، وقطع به أبو الفرج البزاز^(١)، قال: ولا يقرض على المالك أيضاً لهذا المعنى.

واعترضه الرَّافِعِيُّ بهرب الجمال ونحوه، وفرق النووي بتعذر البيع ثمة؛ لتعلق حق المُكْتَرِي بخلافه هنا، فيمتنع الإضرار بالمالك بلا ضرورة^(٢)، ونقلًا في «الروضة»^(٣) و«أضليها»^(٤) عن الإمام قبل ما تقدّم عن شيخه وغيره جواز بيع الجزء، ومن فرق النووي المذكور مع ما تقدّم عن الرَّافِعِيِّ في الضرب الثالث يؤخذ أنهما يوافقان البزاز^(٥) في منع الاقتراض وبيع الجزء هنا دون الإمام، وهو ما جزم به ابن المُقَرِّي في الأولى واقتضاه كلامه في الثانية.

(١) كذا في النسخ والذي في مصادر ترجمته «الراز»، وكذا سيأتي في موضع من هذا الكتاب، وهو أبو

المرج الزاز عبد الرحمن بن أحمد السرحسي ترجمته في «طبقات الشافعية الكبرى» (١٠١/٥)

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤٠٢/٢)، (٣) «روضة الطالبين» (٤٠٨/٥).

(٤) «الشرح الكبير» (٣٦٢/٦)، (٥) كذا في النسخ، وسبق التنبيه عليه قبل أسطر.

وقال الأذرعِي فيها: إِنَّه الوجه. لكن ذكرنا في «الروضة»^(١) و«أضلها»^(٢) قبيل ذلك أيضًا أنه إذا أمسك اللقطة وتبرع بالإنفاق فذاك، وإن أراد الرجوع فلينفق بإذن الحاكم، فإن لم يجد حاكمًا أشهد كما سبق في نظائره. انتهى.

وظاهر أن هذا اقتراض أو في معناه ولذا ثبت له الرجوع، وذكرنا مثل ذلك أيضًا في مؤنة التعريف عند قصد الحفظ، وقد قدمنا جميع ذلك، ولا يخفى مخالفته لمنع الاقتراض إلا أن يُقرَّع هذا على جوازه، والفرق بين الاقتراض من الملتقط والاقتراض من غيره في غاية البعد؛ لا اشتراكهما في وجود المعنى المتقدم، ولو كان الحيوان آدميًا فله أخذه للتملك وغيره زمن أمن وغيره، إلا المميز فيمتنع أخذه زمن أمن ولو للحفظ، وإلا الأمة التي تحل للملتقط فيمتنع أخذها مطلقًا للتملك، ويتخير هنا بين الحاصلتين الأخيرتين.

ونفقت من كسبه ويحفظ الفاضل، فإن لم يكن له كسب فعلى ما سبق في غير آدمي.

وهل له إيجازه بغير إذن الحاكم مع وجوده؟ فيه نظر، فلو باعه ثم ظهر المالك وقال: «كنت أعتقته»؛ قبل قوله، وحكم بفساد البيع.



(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٥٥).

(فصل) في اللقيط

ويُسَمَّى ملقوطةً ومنبوذةً ودعيًا.

(وَإِذَا وَجِدَ لَقِيطٌ) وهو كُلُّ صَبِيٍّ منبوذٍ ولو مُمَيِّزًا لا كافِلَ له معلومٌ، (بِقَارِعَةِ الطَّرِيقِ) مثلاً وهي أعلاه أو صدره أو ما برَزَ منه، والمُرَادُ هنا الطَّرِيقُ مُطْلَقًا، (فَأَخَذَهُ وَتَرْبِيَّتُهُ وَكَفَالَتُهُ) أي: حَفَظَهُ، لا حضانتَهُ المَفْصَلَةَ في الإِجَارَةِ (وَاجِبَةٌ عَلَى) سَبِيلِ (الْكَفَايَةِ) حَفَظًا لِلنَّفْسِ الْمُحْتَرَمَةِ عَنِ الْهَلَاكِ، بخلافِ البالغِ لا سِغْنَانِيَةٍ عَنِ الْحَفَظِ، نَعَمْ الْمَجْنُونُ كَالصَّبِيِّ، وَإِنَّمَا اقْتَصَرُوا عَلَى الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ الْغَالِبُ.

قال الشُّبْكِيُّ وغيره: وَمَنْ لَهُ كَافِلٌ وَلَوْ مُلْتَقِطًا فَيُرَدُّ إِلَيْهِ، وَغَيْرُ الْمَنْبُوذِ فَهُوَ فِي حِضَانَةِ وَلِيِّهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ وَلَا جَدٌّ وَلَا وَصِيٌّ، فَحَفَظَهُ مِنْ وَظِيفَةِ الْقَاضِي، فَيَسْلُمُهُ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ كَافِلٌ مَعْلُومٌ، فَبِإِذَا فُقِدَ^(١) قَامَ الْقَاضِي مَقَامَهُ، فَلَا مَعْنَى لِلْقُطْعِ إِلَّا أَنَّهُ إِنْ وَجِدَ بِمَضِيعَةٍ وَجِبَ أَخْذُهُ لِيُرَدَّ إِلَى حَاضِنِهِ^(٢).

وَيَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَى أَخْذِهِ وَعَلَى مَا مَعَهُ، فَلَوْ تَرَكَ الْإِشْهَادَ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ وَلَايَةُ الْحِضَانَةِ وَجَازٌ لِلْحَاكِمِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ.

وَقَيَّدَ الْمَاوَرْدِيُّ^(٣) وَجُوبَ الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ وَعَلَى مَا مَعَهُ بِالْمُلْتَقِطِ نَفْسِهِ^(٤)، أَمَّا مَنْ سَلَّمَهُ الْحَاكِمُ لَهُ فَالْإِشْهَادُ مُسْتَحَبٌّ لَهُ قَطْعًا.

قال شيخُ مشايخنا^(٥): وهو ظاهرٌ.

(١) في (هـ): «فقد».

(٢) في (ج): «حضانتَهُ».

(٣) «الحاوي الكبير» (٨/ ١٢).

(٤) في (ج): «بنفسه».

(٥) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٦).

(وَلَا يُقَرُّ) اللَّقِيطُ (إِلَّا فِي يَدِ مُسْلِمٍ) مَكْلَفٍ رَشِيدٍ وَلَوْ فَقِيرًا أَوْ أُنْثَى (أَمِينٍ) أَي: عَدْلٍ وَلَوْ مُسْتَوْرًا، لَكِنْ يُوَكَّلُ الْقَاضِي بِالْمُسْتَوْرِ مَنْ يَرِاقِبُهُ بِحَيْثُ لَا يَعْلَمُ؛ لَسَلًا يَتَأَذَّى، فَإِذَا وَثِقَ بِهِ صَارَ كظَاهِرِ الْعَدَالَةِ، فَلَا يُقَرُّ فِي يَدِ فَاسِقٍ، وَلَا مُحْجُورٍ عَلَيْهِ بَسْفِهِ، وَلَا صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا كَافِرٍ. نَعَمْ إِنْ كَانَ اللَّقِيطُ كَافِرًا أُقِرَّ فِي يَدِ الْكَافِرِ الْعَدْلِ فِي دِينِهِ الْحَرِّ الرَّشِيدِ، وَلَا مَبْعُضٍ وَلَوْ فِي نَوَيْتِهِ، وَلَا مَكَاتِبٍ وَإِنْ أُذِنَ سَيِّدُهُ، فَإِنْ قَالَ لَهُ: «التَّقِطْ لِي» فَهُوَ نَائِبُهُ، وَلَا قَيْنٌ إِلَّا إِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ وَعَلِمَ بِهِ أَوْ أُقِرَّ فِي يَدِهِ فَيَكُونُ السَّيِّدُ هُوَ الْمُتَقِطُ وَهُوَ نَائِبُهُ.

(فَإِنْ وَجَدَ مَعَهُ) أَي: مَعَ اللَّقِيطِ وَفِي ^(١) صُحْبَتِهِ (مَالٌ) يُحْكَمُ لَهُ بِهِ، كَالْمَوْضُوعِ عَلَيْهِ مِنْ غَطَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ تَحْتَهُ مِنْ فَرَشٍ وَغَيْرِهِ، وَكَدَرَاهِمٍ مَنْشُورَةٍ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى فَرَاشِهِ ^(٢) أَوْ تَحْتَهُ أَوْ تَحْتَ فَرَاشِهِ، وَكَدَائِيَّةٍ عَنَانُهَا بِيَدِهِ أَوْ مَشْدُودَةٍ بِهِ ^(٣) أَوْ بِشَايِهِ، فَلَوْ كَانَ عَلَيْهَا وَالْحَالَةُ هَذِهِ رَاكِبٌ، فَحَكَى الشَّيْخَانِ ^(٤) عَنْ ابْنِ كَيْجٍ أَنَّهَا بَيْنَهُمَا. قَالَ الْأَذْرَعِيُّ ^(٥): «وَالْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ أَنَّهَا لِلرَّاكِبِ كَمَا سَبَقَ فِي الصَّلْحِ.

وَكَدَارٍ أَوْ خِيْمَةٍ وَجَدَ فِيهَا وَحْدَهُ، وَلَا يُعْرَفُ لَهَا مُسْتَحِقٌّ، فَإِنْ وَجَدَ مَعَ غَيْرِهِ فِيهَا مِنْ لَقِيطٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهِيَ بَيْنَهُمَا.

وَهَلْ يُحْكَمُ لَهُ بِيُسْتَانٍ أَوْ ضَيْعَةٍ وَجَدَ فِيهِ؟ وَجِهَانٍ، بِخِلَافِ مَا لَا يُحْكَمُ لَهُ بِهِ؛ كَالْمَوْضُوعِ بِقَرْبِهِ مِنْ نَحْوِ دَرَاهِمٍ أَوْ دَائِيَّةٍ مَرْبُوطَةٍ بِشَجَرَةٍ، بِخِلَافِ الْمَوْجُودِ بِقَرْبِ الْبَالِغِ يُحْكَمُ لَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ رِعَايَةً، نَعَمْ إِنْ حُكِمَ بِأَنَّ الْبَقْعَةَ لَهُ حُكِمَ بِذَلِكَ أَيْضًا لَهُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ النَّوَوِيُّ فِي «نُكْتِهِ».

(١) فِي (هـ): «وَهُوَ فِي».

(٢) فِي (ج)، (ن): «فَرَشُهُ».

(٣) فِي (هـ): «يَبْدَنَهُ».

(٤) «الشرح الكبير» ٦/٣٩٠، «مروضة الطالبين» ٥/٤٢٥.

(٥) «قوت المحتاج» ٤/١٩٣.

وكدفين تحته، فإن حُكِمَ بأنَّ بقعته له فهو له أيضًا.

(أَنفَقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ) بِمَعْنَى مَانَهُ^(١) بِالْإِنْفَاقِ وَغَيْرِهِ (مِنْهُ) بِنَفْسِهِ أَوْ نَائِبِهِ مِنَ الْمُلْتَظِّ أَوْ غَيْرِهِ، فَلَيْسَ لِلْمُلْتَظِّ أَنْ يَسْتَقِلَّ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْهُ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ، نَعَمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ حَاكَمَ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْهُ لِلضَّرُورَةِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ بِالْإِنْفَاقِ كُلِّ مَرَّةٍ كَمَا نَقَلَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ عَنِ الْقَاضِي مُجَلِّي.

وَلَوْ بَلَغَ اللَّقِيطُ وَاخْتَلَفَا فِيمَا أَنْفَقَ صُدِّقَ الْمُلْتَظُّ إِنْ ادَّعَى قَدْرًا لَاتِّقًا بِالْحَالِ، وَإِنْ ادَّعَى زِيَادَةً عَلَى اللَّائِقِ فَهُوَ مَقْرُوفٌ بِتَفْرِيطٍ فَيُضْمَنُ فَلَا مَعْنَى لِلتَّحْلِيفِ، وَهَلْ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ فَقَطُّ أَوِ الْجَمِيعَ؟ فِيهِ نَظَرٌ.

قَالَ الْإِمَامُ: لَكِنْ إِنْ وَقَعَ الشَّرَاعُ فِي عَيْنٍ فَزَعَمَ الْمُلْتَظُّ أَنَّهُ أَنْفَقَهَا فَيُصَدِّقُ لِنَقْطِيعِ الْمُطَالَبَةِ بِالْعَيْنِ، ثُمَّ يَضْمَنُ كَالْغَاصِبِ إِذَا ادَّعَى التَّلْفَ، وَكَالْمَالِ الْمَوْجُودِ مَعَهُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى اللَّقِطَاءِ وَالْمَوْصَى لَهُ أَوْ لَهُمْ بِهِ، وَيَقْبَلُ لَهُ الْقَاضِي مِنْ ذَلِكَ مَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ^(٢).

(وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مَعَهُ مَالٌ) يُحْكَمُ بِهِ لَهُ وَلَمْ يَوْجَدْ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ وَقْفٍ أَوْ نَحْوِهِ (فَنَفَقَتُهُ) أَي: مَوْثِقَتُهُ وَاجِبَةٌ (فِي بَيْتِ الْمَالِ) عَلَى وَجْهِ الْإِنْفَاقِ دُونَ الْقَرْضِ، وَإِنْ كَانَ كَافِرًا كَمَا صَحَّحَهُ فِي «الرَّوَضَةِ»^(٣) وَ«أُضْلِيهَا»^(٤)؛ إِذَا لَا وَجْهَ لِتَضْيِيعِهِ، وَلَآئِهَ قَدْ يَنْفَعُنَا بِالْجُزْئِ إِذَا بَلَغَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ، أَوْ كَانَ هُنَاكَ مَا هُوَ أَهَمُّ كَسَدٌ تَغْيِرُ يَعْظُمُ ضَرَرُهُ لَوْ تَرِكَ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ قَرْضًا لَا إِنْفَاقًا، فَإِنْ امْتَنَعُوا مِنَ الْإِقْرَاضِ قَسَطَ الْحَاكِمُ نَفَقَتَهُ جَبْرًا، فَإِنْ كَثُرُوا وَتَعَدَّرَ التَّوْزِيعُ عَلَيْهِمْ فَعَلَى مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمْ، فَإِنْ اسْتَوَوْا فِي اجْتِهَادِهِ تَخَيَّرَ.

(٢) «دُرُوسَةُ الطَّالِبِينَ» (٥/٤٢٨).

(١) فِي (هـ): «أَنَّهُ يَأْمُرُ».

(٤) «الشرح الكبير» (٦/٣٩١).

(٣) «دُرُوسَةُ الطَّالِبِينَ» (٥/٤٣٥).

ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ رَقِيقًا رَجَعُوا عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ حُرًّا فَعَلِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَلَوْ بَاكَتْسَابِهِ،
وَالْأَفْعَلَى قَرِيبٍ تَلَزَمَهُ نَفَقَتُهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَى مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ أَوْ
الْغَارِمِينَ بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ.

وَلَوْ حَصَلَ فِي بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ قَبْلَ بُلُوغِهِ وَتَسَارِهِ قَضَى مِنْهُ، وَضَعَفَ
النَّوَوِيُّ^(١) عَتَبَارَ الْقَرِيبِ بِأَنْ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَرَدَّ بِأَنَّهَا لَا
تَسْقُطُ إِلَّا إِذَا لَمْ يَقْتَرَضْهَا الْقَاضِي وَقَدْ اقْتَرَضَهَا.

وَأَجِيبْ: بِأَنَّهُ اقْتَرَضَهَا عَلَى اللَّقِيطِ لَا عَلَى الْقَرِيبِ، وَاسْتَقْرَأَهَا عَلَى الْقَرِيبِ
بِاقْتِرَاضِهَا إِنَّمَا هُوَ إِذَا اقْتَرَضَهَا عَلَى الْقَرِيبِ، وَقَدْ يُقَالُ تَارَةً يُقَصَّدُ بِالْاقْتِرَاضِ
اللَّقِيطُ وَتَارَةً يُقَصَّدُ بِهِ الْقَرِيبُ، فَالِلَّائِقِ التَّفْصِيلُ، وَيَبْقَى الْكَلَامُ حَالِ الْإِطْلَاقِ،
وَلَعَلَّ الْأَقْرَبَ تَعَلُّقُهُ بِاللَّقِيطِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٢): وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ وَقْفِ اللَّقِطَةِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ سَيِّدٌ
أَوْ قَرِيبٌ رَجَعَ عَلَيْهِ.

قَالَ بَعْضُهُمْ: وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِنْفَاقِ كَانَ لَقِيطًا فَيُصَرَّفُ لَهُ بِشَرْطِ
الْوَاقِفِ، وَلَوْ وُجِدَ وَقْفٌ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَهَلْ يَنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ مُقَدِّمًا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ
وَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ الْمَوْقُوفِ عَلَى اللَّقِطَاءِ أَوْ لَا؟

قَالَ الشُّبْكِيُّ: فِيهِ اِحْتِمَالَانِ عِنْدِي أَظْهَرُهُمَا الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ مَوْصُوفٌ بِصِفَةِ الْفَقِيرِ
وَلَمْ يَتَحَقَّقْ^(٣).

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٤): وَلَعَلَّ الْأَوَّلَ أَرْجَحُ، إِذَا لَا يُشْتَرَطُ فِي الصَّرْفِ إِلَى مَنْ ظَاهِرُهُ
الْفَقْرُ تَحَقُّقُهُ، بَلْ يَكْفِي ظَاهِرُ الْحَالِ.

(١) «دروسة الطالبين» (٥/٤٢٥). (٢) «قوت المحتاج» (٤/١٩٧).

(٣) «أسى المطالب» (٢/٤٩٩). (٤) «قوت المحتاج» (٤/١٩٧).

(فصل) في الوديعة

وهي تقال على الإيداع وعلى العين، من ودع الشيء يدع إذا سكر؛ لأنها ساكنة عند الوديعة، ولها بالمعنى الأول أربعة أركان:

(١) وديعة بمعنى العين المودعة، وشرطها كونها محترمة ولو نحو حبة برّ وكتب ينفع.

(٢) وصيغة، وشرطها:

— لفظ من جانب المودع صريح؛ كـ «استودعتك هذا»، أو كناية مع النية؛ كـ «خذ هذا».

— وعدم الرد من جانب الوديعة، فيكفي قبضه دون الوضع بين يديه مع سكوته، نعم لو قال: أودعني فدفعه له المودع ساكتا فيشبه أن يكفي ذلك كالعارية، وعليه فالشرط اللفظ من أحدهما، نبه عليه الزركشي.

(٣-٤) ومودع ووديعة، وشرطهما شرط موكل ووكيل، فلو أودعه صبي أو مجنون أو محجور سقوه ضمن ما أخذه منه، ولا يزول الضمان إلا بالردّ لولي أمره، نعم إن أخذه منه حسبة خوفا على تلفه في يده لم يضمّنه، وكذا لو أتلفه مودعه كما بحثه ابن الرقعة وصرّح به الرافعي^(١) في الجراح قبيل الفصل الثاني في المماثلة، أو أودعهم رشيد ضمّنوا بإتلافهم؛ لأنه لم يسألهم عليه لا بالتلف عندهم؛ إذ لا يلزمهم الحفظ، بخلاف ما لو أودعهم غير رشيد فيضمنون بمجرّد وضع أيديهم كما بحثه الزركشي.

(١) والشرح الكبير، (١٠/٢٢١).

(وَالْوَدِيعَةُ) بِمَعْنَى الْعَيْنِ (أَمَانَةٌ) لِأَنَّ الْوَدِيعَ يَحْفَظُهَا لِلْمَالِكِ فِيدُهُ كَيْدُهُ، وَلَوْ ضَمِنَاهُ لَرِغِبَ النَّاسُ عَنْ قَبُولِهَا.

و(يُسْتَحَبُّ قَبُولُهَا) أَي: الْوَدِيعَةُ بِمَعْنَى الْإِيدَاعِ أَوْ بِمَعْنَى الْعَيْنِ مَعَ حَذْفِ الْمُضَافِ أَي: إِيدَاعُهَا (لِمَنْ قَامَ بِالْأَمَانَةِ) أَي: تَحَقُّقِ الْإِثْمَانِ (فِيهَا) بِأَنْ يَثْبُتَ بِأَمَانَةِ نَفْسِهِ فِيهَا وَيَقْدِرَ عَلَى حِفْظِهَا، وَلَا يَكُونُ بِهَذَا الْحَالِ إِلَّا وَقَدْ وَجَدَ مِنْ نَفْسِهِ مَا يَوْجِبُ ذَلِكَ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِالتَّعْبِيرِ بِالْمَاضِي، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ قَبُولُهَا عِنْدَ عَدَمِ غَيْرِهِ كَأَدَاءِ الشَّهَادَاتِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ عَصَى لِتَرْكِ الْوَاجِبِ بِلَا عُذْرٍ، لَكِنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى إِتْلَافِ مَنْفَعَتِهِ وَمَنْفَعَةِ حُرْزِهِ مَجَانًّا.

وَقَضِيَّةٌ هَذَا: أَنَّ لَهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ^(١) أَخَذَ أَجْرَةَ الْحَفْظِ كَمَا لَهُ فِيهَا أَخْذُ أَجْرَةِ الْحَفْظِ، وَقَدْ مَنَعَهُ الْفَارِقِيُّ وَابْنُ أَبِي عَصْرُونَ بِأَنَّهُ صَارَ وَاجِبًا عَلَيْهِ فَاشْتَبَهَ سَائِرُ الْوَاجِبَاتِ، لَكِنْ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ الْأَوَّلِ، وَوُجْهٌ بِأَنَّهُ قَدْ تَوَخَّذَ الْأَجْرَةَ عَلَى الْوَاجِبِ كَمَا فِي سَفْيِ اللَّبَاءِ بِخِلَافِ مَنْ يَعْجِزُ عَنْ حِفْظِهَا، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ قَبُولُهَا؛ لِأَنَّهُ يَعْرِضُهَا لِلتَّلَفِ ^(٢).

قَالَ ابْنُ الرُّفْعَةِ ^(٣): مُحَلُّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمَالِكُ بِحَالِهِ، وَإِلَّا فَلَا تَحْرِيمَ. وَنَظَرَ فِيهِ الزَّرْكَشِيُّ بِأَنَّ الْوُجْهَ تَحْرِيمُهُ عَلَيْهِمَا، أَمَّا عَلَى الْمَالِكِ فَلِإِضَاعَتِهِ مَالَهُ، وَأَمَّا عَلَى الْمُودِعِ فَلِإِعَانَتِهِ عَلَى ذَلِكَ، وَعِلْمُ الْمَالِكِ بِعَعْجِزِهِ لَا يَبْسُغُ لَهُ الْقَبُولُ ^(٤). اِنْتَهَى.

وَالْأَوَّجَهُ حُمْلُ الْأَوَّلِ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَظُنَّ الْمَالِكُ الضَّيَاعَ بِسَبَبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَالثَّانِي بِالنِّسْبَةِ لِلْمَالِكِ عَلَى مَا إِذَا ظَنَّ ذَلِكَ، وَبِالنِّسْبَةِ لِلْمُودِعِ عَلَى مَا إِذَا ظَنَّ

(٢) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٧٤ / ٣).

(٤) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٧٤ / ٣).

(١) فِي (ج) «الْحَالِ».

(٣) «كَامِيَةِ الْبَيْهِ فِي شَرْحِ النَّبِيَةِ» (١٠ / ٣٢٣).

أَنَّ الْمَالِكَ لَا يَسْمَحُ بِإِيدَاعِهِ لَوْ عَلِمَ حَالَهُ، فَإِنْ ظَنَّ سَمَاحَتَهُ بِهِ أَوْ عَلِمَهَا لَمْ يَحْرُمُ، أَوْ شَكَّ فِيهِ نَظَرٌ.

وظَاهِرُ كَلَامِهِمُ التَّحْرِيمُ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا لَمْ يَظُنَّ الضَّيَاعَ بِقَبُولِهَا، وَإِلَّا فَالْمُتَّجِهُ التَّحْرِيمُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ مُضَيِّعٌ أَوْ مَعِينٌ عَلَى الضَّيَاعِ، وَبِخِلَافِ مَنْ لَا يَشُقُّ بِأَمَانَةِ نَفْسِهِ فِيهَا، فَفِي قَبُولِهِ وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَبِهِ جَزَمَ فِي «الْمَنْهَاجِ»^(١): كَرَاهَتُهُ. وَمَحَلُّهُمَا كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٢): إِذَا أَوْدَعَ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ مَالَ نَفْسِهِ، وَإِلَّا حَرَّمَ الْقَبُولَ جَزْمًا.

قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ^(٣): وَيُظْهَرُ أَنَّ هَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمَالِكُ الْحَالَ، وَإِلَّا فَلَا تَحْرِيمَ وَلَا كَرَاهَةَ، وَفِيهِ مَا مَرَّ.

وَالْإِيدَاعُ صَحِيحٌ، وَالْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّحْرِيمِ، وَأَثَرُ التَّحْرِيمِ مَقْصُورٌ عَلَى الْإِثْمِ، لَكِنْ لَوْ كَانَ الْمُودِعُ وَكَيْلًا، أَوْ وَلِيًّا يَتِيمٌ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ الْإِيدَاعُ، فَهِيَ مَضمُونَةٌ بِمُجَرَّدِ الْأَخْذِ قَطْعًا.

(وَلَا تُضْمَنُ) أَي: لَا تُصِيرُ مَضمُونَةً (إِلَّا بِالتَّعَدِّي) فِيهَا، وَمِنْهُ التَّفْرِيطُ فِي حِفْظِهَا، كَانَ يَنْتَفِعُ بِهَا كَلْبَسُ الثَّوبِ وَرُكُوبُ الدَّابَّةِ بِلَا عُذْرٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لِعُذْرٍ كَلْبَسِ ثَوْبِ الصَّوْفِ لِدَفْعِ الدَّوْدِ عَنْهَا، وَرُكُوبِ دَابَّةٍ لَا تَنْقَادُ لِنَحْوِ سَفِيهَا إِلَّا بِالرُّكُوبِ، وَكَانَ يَنْقَلِبُ مِنْ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ عَيْنَهَا الْمَالِكُ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الْحَرْزِ.

نَعَمْ إِنْ نَقَلَهَا يَظُنُّ أَنَّهَا مِلْكُهُ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا لَمْ يَضْمَنْ، وَكَذَا لَوْ نَقَلَهَا إِلَى مِثْلِ الْمُعَيَّنَةِ أَوْ أَحْرَزَ مِنْهَا، وَكَذَا إِلَى دُونِهَا إِذَا لَمْ يُعَيِّنْهَا الْمَالِكُ، أَوْ مِنْ بَيْتٍ إِلَى آخَرَ

(٢) «قَوَاتِ الْمَحْتَجِّجِ» (٥/ ٤ - ٥).

(١) «مَنْهَاجُ الطَّالِبِينَ» (ص ١٩٥).

(٣) «كَفَايَةُ الْبَيْهِ فِي شَرْحِ التَّنْبِيهِ» (١٠/ ٣٢٣).

في دار واحدة أو خانٍ واحدٍ ولم ينههُ المودِعُ، وإن كان البيتُ الأوَّلُ أحرزَ، وكان يودِعُها غيره بلا إذنٍ من المودِعِ ولا عذرَ له، بخلافِ الاستعانةِ بمن يحملُها إلى الحرزِ، أو يعلِّقُها أو يسقيها.

فإن كان له عذرٌ؛ كسفرٍ، ومَرَضٍ مَخُوفٍ، وحريقٍ في البقعة، وإشراقِ الحرزِ على الخرابِ ولم يجدْ غيره، وجَبَ رُدُّها لِمَالِكِها أو وكيِّلِه، فإن فقدهما فالقاضي، ويَجِبُ عليه أخذُها وإن لم يَجِبْ عليه قبولُ دينِ الغائبِ ومغصوبِه؛ أي: في الجملة، فإن فقده فلا مِمين.

نعم هو مُخَيَّرٌ في صورةِ المَرَضِ عندَ فقْدِ المالكِ ووَكِيِّلِه^(١) بينَ رُدِّها إلى القاضي ثُمَّ الأَمِينِ، وبينَ الوَصِيَّةِ بها إليهما، والمُرَادُ بالوصِيَّةِ الإعلامُ بها والأمرُ برُدِّها مع وُضُفِها بما تُمَيِّزُ به، أو الإشارةُ لعينيها، ومع ذلك يَجِبُ الإِشهادُ كما في الرَّافِعِيِّ عَنِ الْغَزَالِيِّ.

وكالمَرَضِ فيما ذُكِرَ كُلُّ حالٍ تُعْتَبَرُ الوَصِيَّةُ فِيهِ مِنَ الثَّلَاثِ كَوُقُوعِ الطَّاعُونِ بِالْبَلَدِ كما ذَكَرَهُ الْأَذْرَعِيُّ، فإن لم يفعلْ بأن تَرَكَ الرَّدَّ والإِيصَاءَ مُطْلَقًا مع الإمكانِ أو رُدِّها (إلى المالكِ أو وكيِّلِه)^(٢) أو أَوْصَى بها إلى القاضي أو الأَمِينِ مع إمكانِ رُدِّها أو الإِيصَاءِ بها إلى القاضي، أو أَوْصَى بها ولم يُمَيِّزْها كأن قال: هي^(٣) ولم يَصِفْها، أو أودَعَهَا فاسِقًا، أو أَوْصَى بها إليه، صارَ ضامِنًا، لكن محلَّ ضَمَانِهِ بتركِ الإيداعِ والإِيصَاءِ إِذَا تَلَفَتْ بَعْدَ المَوْتِ لا قَبْلَهُ على ما صرَّحَ به الإمامُ ومالٌ إليه السُّبُكِيُّ.

وقال الْأَذْرَعِيُّ^(٤) إِنَّهُ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ المَوْتَ كَالسَّفَرِ، فلا يَتَحَقَّقُ الضَّمَانُ إِلَّا بِهِ.

(٢) زيادة من (هـ).

(١) في (ج): «ووليّه».

(٤) «قوت المحتاج» (١٠/٥ - ١١).

(٣) في (هـ): «هي ثوب».

وقال الإسْنَوِيُّ: إِنَّهُ بِمُجَرَّدِ الْمَرَضِ وَمُضِيِّ إِمْكَانِ الرَّدِّ أَوْ الْإِبْصَاءِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ بِصِرِّ ضَامِنًا لَهَا، حَتَّى لَوْ تَلَفَتْ بَاقِيَةٌ فِي مَرَضِهِ أَوْ بَعْدَ صَحَّتِهِ، ضَمِينَ كَسَائِرِ أَسْبَابِ التَّقْصِيرَاتِ، وَلَوْ لَمْ يَوْصِ بِهَا.

فَإِذَا ادَّعَى الْوَارِثُ تَلَفَهَا وَقَالَ: إِنَّمَا لَمْ يَوْصِ بِهَا لِتَلَفِهَا بِغَيْرِ تَقْصِيرٍ، وَادَّعَى صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ تَقْصِيرَهُ، فَالظَّاهِرُ بَرَاءَتُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَجْزِمِ الْوَارِثُ بِالتَّلَفِ بِأَنْ قَالَ: عَرَفْتُ الْإِيدَاعَ، لَكِنْ لَمْ أَدْرِ كَيْفَ كَانَ الْأَمْرُ، وَإِنَّمَا أَجَوَزُ أَنَّهَا تَلَفَتْ عَلَى حُكْمِ الْأَمَانَةِ فَلَمْ يَوْصِ بِهَا لِلذَّكَاءِ فَيُضْمَنُهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ مُسْقَطًا وَلَوْ لَمْ يُمَيِّزْهَا فِي وَصِيَّتِهِ؛ كَقَوْلِهِ: «هِيَ ثَوْبٌ» وَخَلَفَ ثَوْبًا لَمْ يَتَّعِنَ لِلْوَدِيعَةِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا تَلَفَتْ وَالْمَوْجُودُ غَيْرُهَا، بَلْ تَجِبُ قِيَمَتُهَا فِي التَّرَكَةِ، وَلَا عِبْرَةَ بِكِتَابَةِ الْمِثْبِ عَلَى شَيْءٍ هَذَا وَدِيعَةُ فُلَانٍ أَوْ فِي جَرِيدَتِهِ لِفُلَانٍ عِنْدِي كَذَا وَدِيعَةٌ، حَتَّى لَوْ أَنْكَرَ الْوَارِثُ لَمْ يَلْزَمْهُ التَّسْلِيمُ بِذَلِكَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ كَتَبَهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ تَلْبِيسًا، أَوْ اشْتَرَى الشَّيْءَ وَعَلَيْهِ الْكِتَابَةُ فَلَمْ يَمْنَحْهَا أَوْ رَدَّ الْوَدِيعَةَ بَعْدَ كِتَابَتِهَا فِي الْجَرِيدَةِ وَلَمْ يَمْنَحْهَا، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ أَوْ إِقْرَارِ مَوْرَثِهِ أَوْ وَصِيَّتِهِ أَوْ بَيْنَةٍ.

(وَقَوْلُ الْمُودِعِ) بِالْفَتْحِ بِيَمِينِهِ (مَقْبُولٌ فِي) دَعْوَى (رَدِّهَا) أَيِ: الْوَدِيعَةِ (عَلَى الْمُودِعِ) بِالْكَسْرِ وَإِنْ أَشْهَدَ بِهَا عَلَيْهِ عِنْدَ الدَّفْعِ^(١)، أَوْ وَقَعَ النِّزَاعُ مَعَ وَارِثِهِ؛ لِأَنَّهُ اتَّعَنَهُ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْيَمِينِ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ، وَانْقَطَعَتِ الْمُطَالَبَةُ بِيَمِينِهِ، بِخِلَافِ رَدِّهَا عَلَى غَيْرِ الْمُودِعِ وَدَعْوَى الْأَمِينِ الَّذِي أَوْدَعَهُ^(٢) عِنْدَ سَفَرِهِ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ، فَلَا يُصَدَّقُ فِي ذَلِكَ بَلْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ الرَّدَّ عَلَى مُؤْتَمِنِهِ.

وَكَدَعْوَى رَدِّهَا دَعْوَى تَلَفِهَا مُطْلَقًا، أَوْ بِسَبَبِ خَفِيٍّ كَسَرَقَةٍ، أَوْ ظَاهِرٍ كَحَرِيقٍ وَنَهَبٍ عُرِفَ دُونَ عَمُومِهِ، فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ فِي ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ مَا ادَّعَاهُ، فَإِنْ

(١) فِي (ج). «الرَّامِعِي».

(٢) فِي (ح): «وَدَعَاهُ».

عُرِفَ عَمُومُ الظَّاهِرِ أَيْضًا وَلَمْ يُتَّهَمْ صُدُقُ بِلَا يَمِينٍ، فَإِنْ أَتَتْهُمْ فَمَعَ الْيَمِينِ، وَإِنْ جُهِلَ الظَّاهِرُ أَثْبَتَهُ بِالْبَيِّنَةِ، ثُمَّ حَلَفَ أَنَّهَا تَلَفَتْ بِهِ، وَحَيْثُ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ حَلَفَ الْمَالِكُ عَلَى نَفْيِ الْعَلَمِ بِالتَّلَفِ وَاسْتَحَقَّ.

وَيَجْرِي هَذَا التَّفْصِيلُ فِي كُلِّ أَمِينٍ كَوَكِيلٍ وَشَرِيكَ إِلَّا الْمُرْتَهَنَ وَالْمُسْتَأْجِرَ، فَلَا يُصَدَّقَانِ فِي الرَّدِّ وَإِنْ صُدِّقَا فِي التَّلَفِ عَلَى مَا تَقَرَّرَ، بَلِ التَّصَدِيقُ فِي التَّلَفِ لَا يَخْتَصُّ بِالْأَمِينِ، بَلِ يَجْرِي فِي غَيْرِهِ كَالْغَاصِبِ، لَكِنَّهُ يَغْرُمُ الْبَدَلَ.

(و) يَجِبُ (عَلَيْهِ) أَيِ: عَلَى الْمُودَعِ (أَنْ يَحْفَظَهَا) أَيِ: الْوَدِيعَةَ (فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا) فَإِنْ حَفِظَهَا فِي غَيْرِ حِرْزٍ مِثْلِهَا كَأَنْ حَفِظَ الثِّيَابَ أَوْ الثَّقُودَ فِي نَحْوِ إِصْطَبَلِ الدَّوَابِّ، أَوْ حَفِظَ الثَّقُودَ فِي جَيْبِهِ الْوَاسِعِ الْغَيْرِ الْمَرْزُورِ أَوْ فِي كَوْرِ عِمَامَتِهِ بَلَا رِبْطٍ ضَمِنَهَا.

وَلَوْ أودَعَهُ دِرَاهِمَ فِي السُّوقِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَهُ كَيْفِيَّةَ حَفِظِهَا فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ بَلَا رِبْطٍ فِي كُمِّهِ فَأَخَذَهَا غَاصِبٌ لَمْ يَضْمَنْ، أَوْ ضَاعَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ ضَمِنَ.

وَلَوْ قَالَ لَهُ: «ارْبُطِ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّكَ» فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ فَتَلَفَتْ، فَإِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ أَوْ نِسْيَانٍ ضَمِنَ، أَوْ بِأَخْذٍ غَاصِبٍ فَلَا، وَلَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلًا عَنِ الرِّبْطِ فِي الْكُمِّ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِنْ كَانَ الْجَيْبُ وَاسِعًا غَيْرَ مَرْزُورٍ، أَوْ رِبَطَهَا فِي كُمِّهِ بَدَلًا عَنْ جَعْلِهَا فِي جَيْبِهِ ضَمِنَ إِلَّا إِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ مَعَ الرِّبْطِ فِي الْكُمِّ، وَلَوْ امْتَثَلَ قَوْلَهُ: «ارْبُطْهَا فِي كُمِّكَ»، فَإِنْ جَعَلَ الْخَيْطَ خَارِجًا فَضَاعَتْ بِأَخْذِ طَرَارٍ ضَمِنَ، أَوْ بَاسْتِرْسَالٍ فَلَا، وَإِنْ جَعَلَهُ دَاخِلًا فَضَاعَتْ بِبَاسْتِرْسَالٍ ضَمِنَ أَوْ بِأَخْذِ طَرَارٍ^(١) فَلَا.

(١) فِي (ج): «طَرَارٍ».

هذا كله إذا لم يرجع إلى بيته، فإن رجع إليه لزمه إحرازها فيه، ولا يكون ما دُكر جرّاً لها حينئذ؛ لأنّ بيته أحرز، فلو خرج بها في كمّ أو جيبه أو يده ضمن، قاله الماوردي^(١)، لكن قضية ما يأتي عن الشيخين الرجوع في ذلك إلى العادة.

ولو أودعه الدّاهم في السوق وقال له: «احفظها في بيتك» لزمه الذّهاب بها إلى بيته فوراً وحفظها فيه، أو^(٢) في البيت وقال له: «احفظها فيه» لزمه الحفظ فيه فوراً، فإن أخرّ فيهما بلا عذر ضمن، وإن لم يحفظها فيه وربطها في كمّ أو شدّها في عضده مع إمكان إحرازها في البيت ضمن، نعم إن شدّها في عضده ممّا يلي أضلاعه لم يضمن؛ لأنّه أحرز من البيت.

قال الأذرعّي: ويجب تقييده بما إذا حصل التّلف في زمن الخروج لا من جهة المخالفة، وإلا فيضمن^(٣).

قال الشّرخان^(٤): وفي تقييدهم الصّورة بما إذا قال: «احفظها في البيت» ما يشعر بأنّه لو أودعها في البيت ولم يقل شيئاً يجوز أن يخرج بها، ويُسبّه أن يكون الرجوع فيه إلى العادة. انتهى.

وقياسه فيما لو أودعه في السوق ولم يقل شيئاً الرجوع فيه إلى العادة من الذّهاب إلى البيت فوراً أو غيره.

(وَإِذَا طُوبِىَ الْوَدِيعُ بِهَا) بأن طلبها مالكها وهو أهل لقبضها وكطّلبه طلب من يقوم مقامه كما هو ظاهر (أخرجها) له أي: بنفسه أو نائبه فوراً وجوباً.

(١) «الحاوي الكبير» (٨/ ٣٧٩).

(٢) أي: لو أودعها له في البيت.

(٣) ينظر «أسنى المطالب» (٣/ ٨١).

(٤) «الشرح الكبير» (٧/ ٣١٠)، و«روضة الطالبين» (٦/ ٣٣٩).

والمُرَادُ بإخراجِها له: التَّخْلِيَةُ بَيْنَهُمَا، لَا مَبَاشَرَةً إِخْرَاجِهَا وَرَدَّهَا، أَوْ تَحْمُلُ مُؤْنَةَ ذَلِكَ، فَإِنَّ ذَلِكَ عَلَى الْمَالِكِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكُهَا أَهْلًا لِقَبْضِهَا كَانَ جُنَّ أَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَرِهِ لَمْ يَجِبْ ذَلِكَ، بَلْ لَا يَجُوزُ وَيُضْمَنُ بِهِ.

(فَإِنْ لَمْ يُخْرِجْهَا) أَي: لَمْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ (مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا) وَقَدْ طَلَبَهَا (حَتَّى قَلَعْتُ ضِمْنَ) بِهَا بِبَدْلِهَا مِنْ مِثْلِ إِنْ كَانَتْ مِثْلِيَّةً، أَوْ قِيَمَةً إِنْ كَانَتْ مَتَقَوِّمَةً لَتَرْكِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ الْمَالِكَ الْإِشْهَادَ وَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَيْهِ عِنْدَ الدَّفْعِ، فَإِنَّهُ يُصَدِّقُ فِي الدَّفْعِ بِيَمِينِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ طَلَبَهَا وَكَيْلُ الْمُودِعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي دَفْعِهَا إِلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ مَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ لِمَالِكِهَا: خُذْ وَدِيعَتَكَ لَزِمَهُ أَخْذُهَا كَمَا فِي «الْبَيَانِ»، وَعَلَى الْمَالِكِ مُؤْنَةُ الرَّدِّ.

وخرَجَ بقوله: «مع القدرة عليها» ما إذا لم يقدر على ذلك، كأن كان في جُحِ لَيْلٍ وَالْوَدِيعَةُ فِي خَزَانَةٍ لَا يَتَأَتَّى فَتُخَّرُ بِأَبِهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، أَوْ كَانَ مَشْغُولًا بِصَلَاةٍ أَوْ قِضَاءِ حَاجَةٍ أَوْ فِي حِمَامٍ أَوْ بِأَكْلِ الطَّعَامِ، فَلَا ضِمَانَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ تَقْصِيرِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْب.

وهذا آخر الجزء الثاني من هذا الكتاب

كما هو مجزأ بالأصل المستطاب

الذي هو في غاية الحسن والإطناب

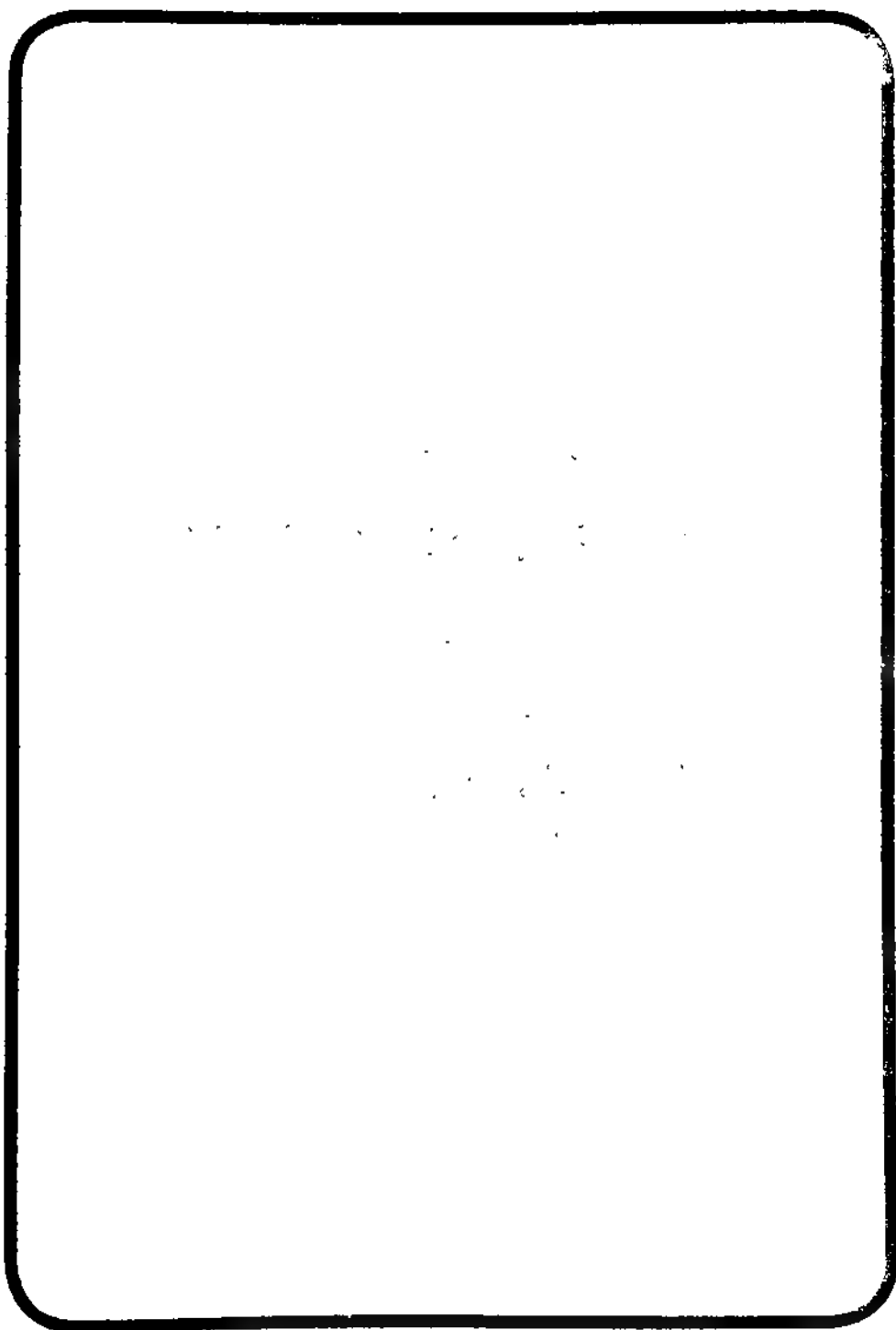
والحمد لله وحده.





(كِتَابُ الْفَرَائِضِ)





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه ثقني

(كِتَابُ الْفَرَائِضِ)

جُمِعَ فَرِيضَةٌ بِمَعْنَى مَفْرُوضَةٍ أَيْ: مُقَدَّرَةٌ، وَالْمُرَادُ مَسَائِلُ قِسْمَةِ الْمَوَارِيثِ،
سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِبَحْثِهَا عَنْ سِهَامِ الْوَرِثَةِ وَفِيهَا الْمُقَدَّرُ فُغْلِبَ عَلَى غَيْرِهِ.
وَالْفَرَضُ لُغَةً: التَّقْدِيرُ. وَشَرْعًا هُنَا: نَصِيبٌ مُقَدَّرٌ شَرْعًا لِلْوَارِثِ.
(وَالْوَارِثُونَ) الْمُجْمَعُ عَلَى إِرْثِهِمْ (مِنَ الرِّجَالِ) أَيْ: الذُّكُورِ بِطَرِيقِ الْإِخْتِصَارِ
(عَشْرَةٌ) وَبَطَرِيقِ الْبَسْطِ خَمْسَةٌ عَشَرَ:

(١) (الْإِبْنُ)،

(٢) (وَابْنُ الْإِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ) أَيْ: ابْنُ الْإِبْنِ، بِتَثْنِ الْفَاءِ.

(٣) (وَالْأَبُ)،

(٤) (وَالْجَدُّ) أَبُوهُ (وَإِنْ عَلَا) بِخِلَافِ الْجَدُّ أَبِي الْأُمِّ، فَإِنَّهُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ.

(٥٦) (وَالْأَخُ) مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ الْأَبِ أَوْ مِنَ الْأُمِّ.

(٦) (وَابْنُ الْأَخِ) مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الْأَبِ بِخِلَافِهِ مِنَ الْأُمِّ، فَإِنَّ ابْنَهُ مِنْ ذَوِي
الْأَرْحَامِ، (وَإِنْ تَوَاحَى) ابْنُ الْأَخِ أَيْ: بَعْدَ.

(٧) (وَالْعَمُّ) مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الْأَبِ بِخِلَافِهِ مِنَ الْأُمِّ، فَإِنَّهُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ.

(٨) (وَابْنُ الْعَمِّ) كَذَلِكَ (وَإِنْ تَبَاعَدَا) أَيْ: الْعَمُّ؛ كَعَمِّ الْأَبِ، وَعَمُّ الْجَدِّ،

وَابْنُ الْعَمِّ؛ كَابْنِ ابْنِ الْعَمِّ، وَابْنُ ابْنِ ابْنِ الْعَمِّ.

(٩) (وَالزَّوْجُ) ذُو النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ.

(١٠) (وَالْمَوْلَى الْمُعْتَقُ) وَالْمُرَادُ بِهِ كَمَا قَالَه الرَّافِعِيُّ^(١): مَنْ صَدَرَ مِنْهُ الْإِعْتَاقُ، وَكُلُّ مَنْ يُتَوَسَّلُ بِهِ، فَدَخَلَ فِيهِ مَعْتَقُ الْمُعْتَقِ وَعَصَبَاتُهُمَا الْمُتَعَصِّبُونَ بِأَنْفُسِهِمْ وَإِنْ بَعْدُوا كَأَبْنَائِهِمَا وَأَخَوَاتِهِمَا دُونَ غَيْرِهِمْ؛ كِبَنَاتِهِمْ وَأَخَوَاتِهِمْ.

واعتزَّصَ القاضي أَبُو الطَّيِّبِ عَلَى عَدَّتِهِمْ عَشْرَةً بِأَنَّهُمْ عَدُّوا الْإِبْنَ وَابْنَهُ اثْنَيْنِ وَهُمَا أَكْثَرُ؛ لِأَنَّ مَنْ دُونَهُمَا الْمُرَادَيْنِ بِقَوْلِهِمْ: «وَأَنْ سَفَلَ» لَيْسَ بِابْنِ ابْنٍ حَقِيقَةً بَلْ مَجَازًا، وَكَذَا الْكَلَامُ فِي الْأَبِ وَأَبِيهِ، وَإِذَا قَدْ أَرَادُوا الْمَجَازَ كَانَ الصَّحِيحُ أَنْ يَقُولُوا: الْإِبْنُ وَإِنْ سَفَلَ وَالْأَبُ وَإِنْ عَلَا؛ لِأَنَّهُ أَخْصَرُ.

وَأَجِيبَ: بِأَنَّهُمْ قَصَدُوا التَّنْبِيْهَ عَلَى إِخْرَاجِ ابْنِ الْبَنِّ وَأَبِي الْأُمِّ؛ أَي: وَإِنْ بَعْدَنَا كَابْنِ بَنِّ الْإِبْنِ وَأَبِي أُمِّ الْأَبِ، وَبِهَذَا سَقَطَ مَا قِيلَ مِنْ أَنَّ مَثْلَهُمَا يَدْخُلُ فِي عِبَارَتِهِمْ. (وَالْوَارِثَاتُ) الْمُجْمَعُ عَلَى إِرْثِهِنَّ (مِنْ النِّسَاءِ) أَي: الْإِنَاثُ بِالِاخْتِصَارِ (سَعً) وَبِالْبَسْطِ عَشْرُ:

(١) (الْبِنْتُ)،

(٢) (وَبِنْتُ الْإِبْنِ) وَإِنْ سَفَلَ الْإِبْنُ.

(٣) (وَالْأُمُّ)،

(٤) (وَالْجَدَّةُ) أُمُّ الْأَبِ وَأُمُّ الْأُمِّ وَإِنْ عَلَتَا إِلَّا الْمُدْلِيَّةُ إِلَى أَحَدِهِمَا بِذِكْرِ بَيْنِ اثْنَيْنِ؛ كَأُمِّ أَبِي الْأُمِّ وَأُمِّ أَبِي الْأَبِ، فَهِيَ غَيْرُ وَارِثَةٍ عِنْدَنَا اتِّفَاقًا، وَالْمُدْلِيَّةُ إِلَى الْأَبِ بِمَحْضِ الذَّكُورِ؛ كَأُمِّ أَبِي الْأَبِ، أَوْ بِمَحْضِ الْإِنَاثِ إِلَى مَحْضِ الذَّكُورِ؛ كَأُمِّ أُمِّ أَبِي الْأَبِ، فَهِيَ وَارِثَةٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِبَعْضِ الْأُئِمَّةِ.

(٥) (وَالْأُخْتُ) مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الْأَبِ أَوْ مِنَ الْأُمِّ.

(٦) (وَالزَّوْجَةُ) ذَاتُ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلَوْ بِلَا دُخُولٍ وَهِيَ بِالْهَاءِ لُغَةً قَلِيلَةٌ يَحْسُنُ الْإِتْيَانُ بِهَا فِي الْفَرَائِضِ لِلْفَرْقِ قَالَهُ النَّوَوِيُّ^(١).

(٧) (وَالْمَوْلَاةُ الْمُعْتَقَةُ) لِلْمَيِّتِ أَوْ لِأَصْلِهِ، أَوْ لِمُعْتَقِهِ.

فَإِنْ اجْتَمَعَ كُلُّ الرَّجَالِ وَرِثَ الْأَبُ وَالْإِبْنُ وَالزَّوْجُ فَقَطْ؛ لِأَنَّهُمْ مُحَجَّبُونَ بِغَيْرِ الزَّوْجِ.

أَوْ النِّسَاءُ وَرِثَتِ الْبَنْتُ وَبَنْتُ الْإِبْنِ وَالْأُمُّ وَالْأَخْتُ لِلْأَبِ بْنِ وَالزَّوْجَةُ، وَسَقَطَتِ الْجَدَّةُ بِالْأُمِّ وَالْمُعْتَقَةُ بِالْأَخْتِ الْمَذْكُورَةِ، كَمَا سَقَطَ بِهَا الْأَخْتُ لِلْأَبِ؛ لِأَنَّهَا مَعَ الْبَنِّ أَوْ بَنِّ الْإِبْنِ تَسْقُطُهَا، وَبِالْبَنِّ الْأَخْتُ لِلْأُمِّ.

أَوْ مَنْ يُمَكِّنُ اجْتِمَاعَهُ مِنَ الصَّنَفَيْنِ وَرِثَ الْأَبَوَانِ وَالْإِبْنُ وَالْبَنْتُ وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ. وَلَوْ فَقَدَ الْجَمِيعُ أَوْ بَعْضُهُمُ وَالْبَاقِي ذُو فَرْضٍ صُرِفَتِ التَّرَكَةُ كُلُّهَا فِي الْأَوَّلَى وَبَاقِيهَا فِي الثَّانِيَةِ لِبَيْتِ الْمَالِ إِرْنَا لِلْمُسْلِمِينَ إِنْ كَانَ الْإِمَامُ عَادِلًا بِأَن يَصْرِفَهُ فِي مَصَارِفِهِ الشَّرْعِيَّةِ، وَيَجُوزُ تَخْصِيصُ طَائِفَةٍ مِنْهُمْ بِهِ وَصَرْفُهُ لغيرِ أَهْلِ بَلَدِهِ وَلَمَنْ وُلِدَ أَوْ أَسْلَمَ أَوْ أَعْتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ لَا لِقَاتِلِهِ، وَلَا زَدَ الْبَاقِي عَلَى مَنْ وَجَدَ مِنْ ذَوِي الْفُرُوضِ إِلَّا الزَّوْجَيْنِ بِنِسْبَةِ فُرُوضٍ مَنِ سَوَاهُمَا.

فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ أَحَدٌ مِنْهُمْ صُرِفَ لَذَوِي الْأَرْحَامِ عَلَى تَفْصِيلٍ فِي الْمُطَوَّلَاتِ، وَهُمْ أَحَدٌ عَشَرَ صِنْفًا: كُلُّ جَدٍّ وَجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ؛ كَأَبِي الْأُمِّ وَأُمِّ أَبِي الْأُمِّ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ لِلصُّلْبِ أَوْ لِلْإِبْنِ مِنْ ذَكَوَرٍ وَإِنَاثٍ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَوْ لَأُمٍّ، وَأَوْلَادُ الْأَخَوَاتِ كَذَلِكَ مِنْ ذَكَوَرٍ وَإِنَاثٍ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ، وَالْعَمُّ لِلْأُمِّ وَهُوَ أَحْوُ الْأَبِ لِأُمِّهِ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَوْ لَأُمٍّ، وَالْعَمَّاتُ وَالْأَخْوَالُ وَالْمَخَالَاتُ، وَالْمُدْلُونُ بِهِمْ.

ولا فَرَقَ في الرَّدِّ وتوريثِ ذوي الأرحامِ بين المَيِّتِ المسلمِ والكافرِ كما هو مُقْتَضَى إطلاقِ الأصحابِ، وحيثُ صُرِفَتِ التَّرَكَةُ أ. . . ضُهِبَ لِبَيْتِ المَالِ في المَيِّتِ الكافرِ كانتَ فينا لا إرثًا.

(وَمَنْ لَا يَنْقُطُ) بِأَحَدٍ (بِحَالٍ) فِي حَالٍ (خَمْسَةٌ):

(١-٢) الزَّوْجَانِ،

(٣-٤) (وَالْأَبَوَانِ) الأبُ وَالْأُمُّ،

(٥) (وَوَلَدُ الصُّلْبِ) ذَكَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ بِالإِجْمَاعِ.

(وَمَنْ لَا يَرِثُ بِحَالٍ سَبْعَةٌ:

(١) (الْعَبْدُ) الْمُتَمَحِّضُ الرَّقِّ، وَمِثْلُهُ الْأَمَةُ،

(٢) (وَالْمُدَبِّرُ)،

(٣) (وَأُمُّ الْوَلَدِ)،

(٤) (وَالْمُكَاتَّبُ) وَمِثْلُهُمُ الْمُبْعُضُ وَالْمُعَلَّقُ عَتَقُهُ، وَكَمَا لَا يَرِثُونَ لَا يُورِثُونَ إِلَّا الْمُبْعُضُ فَيُورِثُ مَا مَلَكَهَ بِحُرِّيَّتِهِ، وَكَذَا كَافَرٌ لَهُ أَمَانٌ جَنَى عَلَيْهِ حَالُ حُرِّيَّتِهِ وَأَمَانُهُ ثُمَّ نَقَضَ الْأَمَانَ وَالتَّحَقَّقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَسَبَّيَ وَاسْتَرْقَى وَحَصَلَ الْمَوْتُ بِالسَّرَايَةِ حَالُ رَقِّهِ، فَإِنَّ قَدَرَ الدِّيَةِ لَوَرِثَتْهُ.

(٥) (وَالْقَاتِلُ) وَإِنْ لَمْ يَضْمَنْ كَطِفْلٍ، أَوْ قُتِلَ بِحَقِّ كَدْفِ صِيَالٍ، وَلَوْ حَكَمَ بِقَتْلِهِ أَوْ شَهِدَ بِهِ أَوْ زَكَّى بِهِ شَهَادَةً لَمْ يَرِثْ، بِخِلَافِ نَحْوِ الْمُفْتِي عَلَى الْأَوْجِهِ، وَلَوْ حَقَرَ بَثْرًا غَيْرَ عُذْوَانٍ فَوَقَعَ فِيهَا مُوَرَّثُهُ وَمَاتَ فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ كَمَا قَالَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ لَا يَرِثُ، وَصَوَّبَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ خِلَافَهُ، وَأَمَّا الْمَقْتُولُ فَقَدْ يَرِثُ كَأَن مَاتَ جَارِحُهُ أَوْ ضَارِبُهُ قَبْلَهُ.

(٦) (وَالْمُزْتَدُّ) وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدُ، وَمِثْلُهُ مَنْ فِي مَعْنَاهُ كِيَهُودِيٌّ تَنْصَرَّ، وَكَمَا لَا يِرِثُ لَا يَوْرَثُ، نَعَمْ لَوْ قَطَعَ طَرَفَ مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ الْمَقْطُوعُ وَمَاتَ سَرَايَةً وَجَبَ قَوْلُ الطَّرَفِ وَاسْتَوْفَاهُ مَنْ كَانَ وَارِثَهُ لَوْلَا الرَّدَّةُ وَمِثْلُهُ حَدُّ الْقَذْفِ.

(٧) (وَأَهْلُ مِلَّتَيْنِ) يَعْنِي الْإِسْلَامَ وَالْكَفَرَ بِأَنْوَاعِهِ، فَلَا تَوَارَثَ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ وَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ قِسْمَةِ التَّرَكَةِ، وَتَوَارَثَ الْكَافِرَانِ وَإِنْ اخْتَلَقَتْ مِلَّتُهُمَا وَدَارُهُمَا كِيَهُودِيٌّ وَنَصْرَانِيٌّ، أَوْ مَجُوسِيٌّ أَوْ وَثْنِيٌّ، فَلَوْ كَانَ لِيَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ وَلَدَانِ يَهُودِيٌّ وَنَصْرَانِيٌّ وَرِثَاهُ، وَصُورَتُهُ أَنْ يَخْتَلِفَ الزَّوْجَانِ بِيَهُودِيَّةٍ وَنَصْرَانِيَّةٍ، فَيَخْتَارُ أَحَدُ الْوَلَدَيْنِ الْيَهُودِيَّةَ وَالْآخَرَ النَّصْرَانِيَّةَ، فَإِنَّ الْمُتَوَلَّدَ مِنْهُمَا يَمْكِنُ مِنْ ذَلِكَ، نَعَمْ لَا تَوَارَثَ بَيْنَ حَرْبِيٍّ وَغَيْرِهِ كَذِمِّيٍّ وَمُعَاهِدٍ، وَقَدْ يَشْمَلُهُ أَيْضًا قَوْلُ الْمُصَنِّفِ: «وَأَهْلُ مِلَّتَيْنِ».

(وَأَقْرَبُ الْعَصَبَاتِ) جَمْعُ عَصْبَةٍ جَمْعُ عَاصِبٍ، وَيُسَمَّى بِالْعَصْبَةِ الْوَاحِدُ وَغَيْرُهُ، ذَكَرَ كَانَ أَوْ أَنْثَى، يُقَدَّمُ عَلَى مَنْ بَعْدَهُ فِي التَّعْصِيبِ، فَلَا يِرِثُ أَحَدٌ بِهِ مَعَ وَجُودِ الْأَقْرَبِ مِنْهُ، سِوَاءٍ وَرِثَ مَعَ وَجُودِهِ بِالْفَرَضِ كَالْأَبِ مَعَ الْإِبْنِ، أَوْ لَمْ يِرِثْ مَعَهُ أَصْلًا كِبْنِي الْإِخْوَةَ مَعَ الْجَدِّ، لَكِنْ فِي عِبَارَتِهِ تَسْمَحُ بِالنَّسْبَةِ لِلْجَدِّ وَالْإِخْوَةَ كَمَا يَعْلَمُ مِمَّا يَأْتِي.

وَالْعَصَبَاتُ مَنْ لَيْسَ لَهُمْ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِنَ الْوَرِثَةِ، وَأَقْرَبُهُم (الْإِبْنُ) لِقُوَّةِ عُصَبِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ فُرِضَ لِلْأَبِ مَعَ السُّدُسِ وَأُعْطِيَ هُوَ الْبَاقِي.

(ثُمَّ ابْنُهُ) وَإِنْ سَقَلَ؛ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ، فَكَذَا فِي التَّعْصِيبِ.

(ثُمَّ الْأَبُ) لِأَنَّ الْمَيِّتَ بَعْضُهُ وَيُنْسَبُ إِلَيْهِ.

(ثُمَّ أَبُوهُ) وَإِنْ عَلَا؛ كَالْأَبِ.

(ثُمَّ الْأَخُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ) جَمِيعًا.

(ثُمَّ الْأَخُ لِلأَبِ) فَقَطْ، هَذَا إِنْ عُدِمَ الْجَدُّ، وَإِلَّا شَارَكَاهُ فِي التَّعْصِبِ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ وَانْفَرَدَا عَنْهُ بِهِ فِي بَعْضِهَا عَلَى مَا يُبَيِّنُ فِي الْمُطَوَّلَاتِ.

(ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِلأَبِ وَالْأُمِّ) جَمِيعًا.

(ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِلأَبِ) فَقَطْ.

(ثُمَّ الْعَمُّ، عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ) أَيُ: الْعَمُّ لِلأَبِ وَالْأُمِّ، ثُمَّ الْعَمُّ لِلأَبِ، (ثُمَّ ابْنُهُ) أَيُ: ابْنُ الْعَمِّ لِلأَبِ وَالْأُمِّ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ لِلأَبِ، ثُمَّ عَمُّ الْأَبِ لِلأَبِ وَالْأُمِّ، ثُمَّ عَمُّهُ لِلأَبِ، ثُمَّ ابْنُ عَمِّهِ كَذَلِكَ، وَهَكَذَا، وَالْمُرَادُ بِالْأَخِ وَمَا بَعْدَهُ الْجِنْسُ الصَّادِقُ بِالوَاحِدِ وَالْأَكْثَرِ.

(فَإِذَا عُدِمَ الْعَصَبَاتُ) مِنَ النَّسَبِ وَالْمَيِّتِ عَتِيقُ (فَالْمَوْلَى الْمُعْتَقُ) ذَكَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ يَأْخُذُ جَمِيعَ الْمِيرَاثِ أَوْ مَا بَقِيَ بَعْدَ الْفُرُوضِ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ بِنَفْسِهِ كَابْنِهِ وَأَخِيهِ، يُقَدِّمُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ كَالنَّسَبِ، فَيُقَدِّمُ ابْنُ الْمُعْتَقِ، ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ نَزَلَ، وَهَكَذَا، لَكِنْ يُقَدِّمُ أَخُو الْمُعْتَقِ وَابْنُ أَخِيهِ عَلَى جَدِّهِ، وَفِي النَّسَبِ يُشَارِكُ الْجَدُّ الْأَخَ وَيَسْقُطُ ابْنُ الْأَخِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَالْعَبْرَةُ بِأَقْرَبِ عَصَبَاتِ الْمُعْتَقِ وَقَدْ مَوْتَ الْعَتِيقِ، فَلَوْ مَاتَ الْمُعْتَقُ عَنْ ابْنَيْنِ، ثُمَّ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنٍ، ثُمَّ الْعَتِيقُ، وَرِثَهُ ابْنُ الْمُعْتَقِ دُونَ ابْنِ ابْنِهِ، وَلَا حَقَّ لِعَصَبَتِهِ بغيره، أَوْ مَعَ غَيْرِهِ كَبْنَتٍ مَعَ مَعْصِيهَا وَأَخْتِهِ مَعَ بَنْتِهِ، ثُمَّ مَعْتَقُ الْمُعْتَقِ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَذَلِكَ، وَهَكَذَا، وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بَوْلًا إِلَّا مِنْ عَتِيقِهَا وَأَوْلَادِهِ وَعَتِيقَائِهِ.

(وَالْفُرُوضُ الْمَذْكُورَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى سِتَّةٌ) وَاحْتُرَزَ بِقَيْدِ «الْمَذْكُورَةِ فِي كِتَابِ اللَّهِ» تَعَالَى كَمَا قَالَ جَمْعٌ عَنْ ثُلُثِ الْبَاقِي لِلْأُمِّ فِي مَسْأَلَتِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ وَفَرْضِ الْجَدِّ فِي بَعْضِ أَحْوَالِهِ مَعَ الْإِخْوَةِ، وَعَنْ فُرُوضِ بَابِ الْعَوْلِ كَالشَّيْبِ وَالتَّسْعِ، فَإِنَّهَا لَمْ تُذَكَّرْ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى، بَلْ هِيَ مِنْ قَبِيلِ الاجْتِهَادِ،

وهذا كلامٌ صحيحٌ لا يُلَاقِيهِ نزاعُ ابنِ الهائمِ فيه، كما يُدِرُّهُ الواقفُ عليه بتأمُّله.

(١) (النَّصْفُ)،

(٢) (وَالرُّبْعُ)،

(٣) (وَالثُّمْنُ)،

(٤) (وَالثُّلُثَانِ)،

(٥) (وَالثُّلُثُ)،

(٦) (وَالسُّدُسُ) بدأ كالجمهورِ بالنَّصْفِ؛ لأنَّه أكبرُ كسرٍ مفردٍ، ثُمَّ بالبقيةِ على هذا الترتيبِ. قال بعضهم: لسهولة التَّدْلِي بطريقِ التَّنْصِيفِ.

قال السُّبْكِيُّ: وَكَنتُ أَوْدُلُو بَدُوًّا بِالثُّلُثَيْنِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَدَأَ بِهِ حَتَّى رَأَيْتُ أَبَا النَّجَّارِ وَأَبَا عَبْدِ اللَّهِ ابْنَ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ شَيْخَ الْخَيْرِيِّ بَدَأَ بِهِ، فَأَعْجَبَنِي ذَلِكَ^(١).
(فَالنَّصْفُ^(٢) قَرَضُ خَمْسَةٍ:

(١) (الْبَنْتُ)،

(٢) (وَبِنْتُ الْإِبْنِ إِذَا انفَرَدَتْ) أَي: كُلُّ مِنْهُمَا، أَوْ بِنْتُ الْإِبْنِ، وَحَذَفَ نَظِيرَهُ مِنَ الْبَنَاتِ بِقَرِينَةٍ هَذَا عَمَّنْ يُعْصِبُهَا وَعَمَّنْ يَسَاوِيهَا مِنَ الْإِنَاثِ فِي الدَّرَجَةِ، أَوْ يَحْجِبُهَا حِرْمَانًا أَوْ نَقْصَانًا.

(٣) (وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ)،

(٤) (وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ) أَي: إِذَا انفَرَدَتْ كُلُّ مِنْهُمَا عَمَّنْ دُكِرَ، فَفِيهِ الْحَذْفُ مِنَ الثَّانِي لِدَلَالَةِ الْأَوَّلِ.

(١) يطر: «بداية المحتاج في شرح المنهاج» (٢/ ٥٤١)، و«المجم الوهاج في شرح المنهاج» (٦/ ١٢٨)

(٢) في (ج): «والنصف».

(٥) (وَالزَّوْجُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا) أي: لزوجه الميئة (وَلَدٌ) وارث ذكر أو أنثى أو ختى (وَلَا وَلَدَ ابْنٍ) وإن نزل كذلك، سواء في الولد والابن كان منه أم لا. وخرج بولد الابن ولد البنت، وبالوارث: غيره كالرقيق. (وَالرُّبُعُ قَرُصٌ اثْنَتَيْنِ) فهو فرض:

(١) (لِلزَّوْجِ مَعَ الْوَلَدِ) أي: ولد الزوجة الوارث وإن لم يكن منه ذكراً كان أو غيره (أَوْ وَلَدَ ابْنٍ) لها وإن نزل وكان من غيرها كذلك.

(٢) (وَهُوَ) فرض (لِلزَّوْجَةِ) والزوجتين (وَالزَّوْجَاتِ)، أو أراد بالزوجات ما فوق الواحدة (مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ) أي: ولد الزوج الوارث وإن لم يكن منها أو منهن، ذكراً كان أو غيره (أَوْ وَلَدَ ابْنٍ) أي: ابن الزوج الوارث وإن نزل ولو من غيرها أو غيرهن، بخلاف ولد البنت، وسواء في ولد الابن الذكور وغيره، والمعنى مع عدم كل منهما أخذاً من أو في حيز النفي.

(وَالثُّلُثُ قَرُصٌ الزَّوْجَةِ) والزوجتين (وَالزَّوْجَاتِ)، أو أراد بالزوجات ما فوق الواحدة (مَعَ الْوَلَدِ) أي: ولد الزوج الوارث ولو من غيرها أو غيرهن ذكراً كان أو غيره، (أَوْ وَلَدَ ابْنٍ) أي: ابن الزوج الوارث وإن نزل ولو من غيرها أو غيرهن، بخلاف ولد البنت، ويدخل في الزوجة والزوجات في جميع ما ذكر الرجعية والرجعيات، ولم يقيد الزوجات بالأربع، وقد قال البلقيني: لا يتصور ميراث عدد زائد على الأربع بسبب الزوجية إلا في صورتين:

إحداهما: طلق أربعاً رجعيًا وقال: ذكرن لي أن عدتهن انقضت والحال ممكن، فكذبه؛ فالتص في «الإملاء» وهو المصحح في «الروضة» كأصلها أن له تزويج أربع حينئذ خلافاً لما نقله القاضي عن الجديد، ولو قال هو^(١): بن

(١) في (هـ) «من».

بانقضاء العدة فله التزويج وإن أنكرن، قلته تخريجا، فعليهما لو تزوج أربعا ومات وعدة أولئك بدعواهن باقية، فنصيب الزوجة^(١) للجميع على الأرجح، ويحتمل على بُعد أن يختص به المطلقات أو الزوجات.

الثانية: طلّق المريض أربعا بائنا وتزوج أربعا ومات، وقلنا بالمرجوح فينقسم نصيب الزوجة^(٢) بين الثمان على الأرجح، وقيل: يختص به المطلقات، وقيل: الزوجات. انتهى.

قال غيره: ويصور ذلك فيما لو أسلم على ثمان وأسلمن معه أو في العدة ومات قبل الاختيار.

(والتلثان قرص أربع):

(١) (البنتين فصاعدا)

(٢) (وبنات الإبن) والمراد اثنتان منهن فصاعدا،

(٣) (والأختين) فصاعدا (من الأب والأم)،

(٤) (والأختين) فصاعدا (من الأب) إذا انفرد كل من الفرق الأربع عمن يعصبن أو يحجبهن حرمانا أو نقصانا.

(والتلث قرص اثنتين) فهو قرص:

(١) (لألم إذا لم تحجب) عنه إلى السادس بمن يأتي من وليد ميتها أو وليد

ابنه الوارثين، بخلاف غير الوارثين، أو اثنتين فصاعدا من إخوانه وأخواته مطلقا وإن حجبوا بالشخص، نعم إن كان معها أب وزوج أو زوجة فليس لها إلا ثلث الباقي كما تقدم، فإن حجبته بمن ذكر فسيأتي.

(٢) (وَهُوَ) فَرَضُ (لِلْاِثْنَيْنِ فَصَاعِدًا) أي: لِلْاِثْنَيْنِ فَقَطْ وَلِلْأَكْثَرِ مِنَ الْاِثْنَيْنِ بِنَاءٌ عَلَى مَا هُوَ الْحَقُّ أَنْ قَوْلُنَا: «بِعِ بَدْرَهْمَيْنِ فَصَاعِدًا» مَعْنَاهُ بَدْرَهْمَيْنِ أَوْ بَأَكْثَرَ. قَالَ الْمَوْلَى التَّقَازَانِيُّ: وَتَحْقِيقُهُ أَنَّهُ حَالٌ مَحْذُوفٌ الْعَامِلُ؛ أَيْ: فَيَذْهَبُ الثَّمَنُ صَاعِدًا بِمَعْنَى أَنَّهُ قَدْ يَكُونُ فَوْقَ الدَّرَهْمَيْنِ. انْتَهَى.

(مِنْ) جَمَلَةٍ (الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ) جَمِيعُهُمَا أَوْ مَجْمُوعُهُمَا حَالٌ كَوْنِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ (مِنْ) جَمَلَةٍ (وَلَدِ الْأُمِّ).
(وَالسُّدُسُ فَرَضُ سَبْعَةٍ) فَهُوَ فَرَضُ:

(١) (لِلْأُمِّ) حَالٌ كَوْنِهَا (مَعَ الْوَلَدِ) الْوَارِثِ لِمَيِّتِهَا ذَكَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْبَنَتِ.

(٢) (أَوْ) مَعَ (الْاِثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ) لَهُ سَوَاءٌ كَانُوا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَمِ لَأُمٍّ، أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ، وَسَوَاءٌ كَانُوا وَارِثِينَ أَوْ مُحْجُوبِينَ بِالشَّخْصِ، بِخِلَافِ الْمُحْجُوبِينَ بِالْوَصْفِ، أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ، فَلَوْ اجْتَمَعَ مَعَهَا وَلَدٌ وَلَدُ ابْنِ وَائْتَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، فَالظَّاهِرُ - كَمَا قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ وَغَيْرُهُ - إِضَافَةُ حُجُبِهَا مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ إِلَى الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الْإِبْنِ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى، وَلَوْ كَانَ مَعَهَا وَلَدَانِ مُلْتَصِقَانِ لِهَمَا رَأْسَانِ وَأَرْبَعَةُ أَرْجُلٍ وَأَرْبَعَةُ أَيْدٍ وَفَرَجَانِ، فَعَنِ ابْنِ الْقَطَّانِ أَنَّهُمَا كَالْاِثْنَيْنِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ مِنْ حَجَبٍ وَإِرْثٍ وَقِصَاصٍ وَغَيْرِهَا.

وَعَرَجَ بِالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ: أَوْلَادُهُمْ، فَلَا يَحْجُبُونَهَا إِلَى السُّدُسِ.

فَإِنْ قِيلَ: لِمَ جُعِلَ وَلَدُ الْإِبْنِ كَالِابْنِ فِي حُجُبِهَا إِلَى السُّدُسِ وَلَمْ يُجْعَلْ وَلَدُ الْأَخِ كَأَبِيهِ فِي ذَلِكَ؟

أُجِيبَ بِالْفَرْقِ بِإِطْلَاقِ الْوَلَدِ عَلَى وَلَدِ الْإِبْنِ مَجَازًا شَائِعًا، بَلْ قِيلَ: حَقِيقَةً،

بخلاف إطلاق الأخ على ولده، وبأن الولد أقوى حجباً من الإخوة لحجبِهِ مَنْ لا يحجبُونَهُ، ولقصورهم عن درجة آبائهم قَوِيَّ الجَدِّ على حجبِهِمْ دُونَ آبَائِهِمْ.

(٣) (وَهُوَ) فَرَضُ (لِلْجَدَّةِ) أُمِّ الْأُمِّ، أَوْ أُمُّ الْأَبِ بِشَرْطِهَا الْمُتَقَدِّمُ فَأَكْثَرُ (عِنْدَ عَدَمِ الْأُمِّ) مُطْلَقاً أَوْ الْأَبِ فِي أُمِّ الْأَبِ، فَإِنْ وَجِدَتْ الْأُمُّ مُطْلَقاً أَوْ الْأَبُ فِي أُمِّ الْأَبِ لَمْ تَرِثْ شَيْئاً.

(٤) (وَ) هُوَ فَرَضُ (لِبَنَاتِ الْإِبْنِ) وَإِنْ نَزَلَ فَصَاعِداً حَالُ كَوْنِهَا (مَعَ بَنَاتِ الصُّلْبِ) أَوْ مَعَ بَنَاتِ ابْنِ أُخْرَى أَعْلَى مِنْهَا.

(٥) (وَهُوَ) فَرَضُ (لِلْأُخْتِ) فَصَاعِداً (مِنَ الْأَبِ) حَالُ كَوْنِهَا (مَعَ الْأُخْتِ مِنْ الْأَبِ وَالْأُمِّ).

(٦) (وَهُوَ فَرَضُ الْأَبِ) حَالُ كَوْنِهِ (مَعَ الْوَلَدِ) الْوَارِثِ (أَوْ وَلَدِ الْإِبْنِ) الْوَارِثِ، (وَفَرَضُ الْجَدِّ) أَبِي الْأَبِ (عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ) مَعَ الْوَلَدِ الْوَارِثِ أَوْ وَلَدِ الْإِبْنِ الْوَارِثِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ كَذَلِكَ لَمْ يُفَرَضْ لِهَما، وَلَوْ وَجَدَ الْأَبُ حَجَبَ الْجَدِّ كَمَا يَأْتِي.

(٧) (وَهُوَ فَرَضُ الْوَاحِدِ) حَالُ كَوْنِهِ (مِنْ) جَمَلَةٍ (وَلَدِ الْأُمِّ) ذَكَراً كَانَ أَوْ غَيْرَهُ. (وَتَسْقُطُ الْجَدَّاتُ) لِلْأُمِّ أَوْ لِلْأَبِ (بِالْأُمِّ) وَتَسْقُطُ الْجَدَّاتُ لِلْأَبِ أَيْضاً بِالْأَبِ، وَتَسْقُطُ بَعْدَى كُلِّ جِهَةٍ مِنَ الْجَدَّاتِ بِقُرْبَاهَا، فَتَسْقُطُ أُمُّ أُمِّ الْأُمِّ بِأُمِّ الْأُمِّ، وَأُمُّ أُمِّ الْأَبِ بِأُمِّ الْأَبِ، وَتَسْقُطُ بَعْدَى جِهَةِ الْأَبِ كَأُمِّ أُمِّ أَبِي بَقْرِي جِهَةِ الْأُمِّ؛ كَأُمِّ أُمِّ الْأَبِ كَمَا أَنَّ أُمَّ الْأَبِ تَسْقُطُ بِالْأُمِّ، وَلَا تَسْقُطُ بَعْدَى جِهَةِ الْأُمِّ؛ كَأُمِّ أُمِّ أَبِي بَقْرِي جِهَةِ الْأَبِ؛ كَأُمِّ الْأَبِ بَلْ يَشْتَرِكَانِ فِي السُّدُسِ؛ لِأَنَّ الْأَبَ لَا يَحْجُبُ الْجَدَّةَ مِنَ جِهَةِ الْأُمِّ، فَالْجَدَّةُ الَّتِي تُدْلِي بِهِ أَوْلَى.

والبُعْدَى مِنْ جِهَةِ آبَاءِ الْأَبِ كَأُمِّ أُمِّ أَبِي الْأَبِ تَسْقُطُ بِالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ أُمَّهَاتِ الْأَبِ؛ كَأُمِّ أُمِّ الْأَبِ، والبُعْدَى مِنْ جِهَةِ أُمَّهَاتِ الْأَبِ؛ كَأُمِّ أُمِّ أُمِّ الْأَبِ لَا تَسْقُطُ بِالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ آبَاءِ الْأَبِ؛ كَأُمِّ أَبِي الْأَبِ عَلَى مَا اقْتَضَاهُ قَوْلُ الشَّيْخَيْنِ^(١) عَنِ الْبَغَوِيِّ فِيهِ الْقَوْلَانِ، يَعْنِي فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا، لَكِنْ قَالَ ابْنُ الْهَائِمِ: الْأَصْحُ خِلَافُهُ؛ لِمَا قَطَعَ بِهِ الْأَكْثَرُونَ أَنَّ قُرْبَى كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ بَعْدَهَا، وَلِأَنَّ الْمَوْجُودَ فِي كَلَامِ الْبَغَوِيِّ حِكَايَةَ الْقَوْلَيْنِ بِلَا تَرْجِيحٍ^(٢).

وَلَا يُلْزَمُ مِنَ التَّرْتِيبِ عَلَى خِلَافِ الْإِتِّحَادِ فِي الرَّاجِعِ مِنْهُ، وَمَنْ أَكْثَرَ النَّظَرِ فِي كُتُبِ الْقَوْمِ لَا يَتَوَقَّفُ فِيمَا صَحَّحْنَاهُ^(٣). انْتَهَى.

(و) تَسْقُطُ (الْأَجْدَادُ) لِلْأَبِ (بِالْأَبِ) وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْمُتَوَسِّطِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمِيَّتِ فِيهِمْ؛ كَأَبِي أَبِي الْأَبِ يَسْقُطُ بِأَبِ الْأَبِ.

(وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأُمِّ) ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى (مَعَ) وَاحِدٍ مِنْ (أَزْوَاجِ):

(١) (الْوَلَدُ) ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى،

(٢) (وَوَلَدُ الْإِثْنِ) كَذَلِكَ،

(٣) (وَالْأَبِ)،

(٤) (وَالْجَدُّ) بِالْإِجْمَاعِ وَلَا يَتْبَعِي الْكَلَالَةَ الْمَفْسُورَةَ بِمَنْ لَا وَلَدَ لَهُ وَلَا وَالِدَ.

(وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأُمِّ) ذَكَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ حَالُ كَوْنِهِ (مَعَ) وَاحِدٍ مِنْ (ثَلَاثَةِ):

الْإِثْنِ، وَابْنِ الْإِثْنِ (وَأَبْنِ الْإِثْنِ) وَإِنْ نَزَلَ، (وَالْأَبِ).

(وَيَسْقُطُ وَلَدُ أَبِي) ذَكَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، (بِ) هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ، (وَبِالْأَخِ مِنَ الْأَبِ)

(٢) ينظر «أسنى المطالب» (١٤/٣).

(١) «روضة الطالبين» (٢٧/٦).

(٣) ينظر «أسنى المطالب» (١٤/٣).

والأُمُّ) أي: الأخ الشقيق، ولو عبَّرَ به كان أخصَر.

ويسقط ابنُ الأخ من الأب والأُمُّ بالأب وأبي الأب وإن علًا، والابنُ وابنته وإن نزلَ، والأخ من الأب والأُمُّ، ويسقط ابنُ ابنِ الأخ من الأب والأُمُّ بابنِ الأخ للأب، ويسقط العمُّ للأب والأُمُّ بهؤلاء السبعة وبابنِ الأخ للأب، ويسقط العمُّ للأب بهؤلاء الثمانية وبالعمِّ للأب والأُمُّ، ويسقط ابنُ العمِّ للأب والأُمُّ بهؤلاء التسعة وبالعمِّ للأب، ويسقط ابنُ العمِّ للأب بهؤلاء العشرة وبابنِ العمِّ للأُمُّ والأب، ويسقط ابنُ ابنِ العمِّ للأب والأُمُّ بابنِ العمِّ للأب، والكلام في عمِّ الميت، والآفانُ عمُّ الميت وإن نزلَ يحجبُ عمُّ أبيه، وابنُ عمِّ أبيه وإن نزلَ يحجبُ عمُّ جدّه.

والأخت من الأب والأُمُّ أو من الأب إذا كانت عاصبةً مع غيرها تحجبُ من يحجبُ أخوها، فتحجبُ بني الإخوة والأعمامَ وبينهم، والشقيقة تحجبُ الأخَّ للأب، بخلاف ما إذا كانت صاحبةً فرضٍ فلا تحجبُ ما يحجبُ أخوها؛ أي: وبخلاف ما إذا كانت عاصبةً لا مع غيرها، كمع الجدِّ كما في بعض صور المعادة حيث يبقى بعد نصيب الجدِّ أكثر من النصف، وتسقط بنات الابن بالابن وبنتين إن لم يكن معهنَّ من يعصَّهنَّ كأخ وابنِ عمٍّ، ولأأخذنَّ معه الباقي بعد ثلثي البنتين بالتعصيب.

وتسقط الأخوات من الأب بأختين من الأب والأُمُّ، فإن كان معهنَّ أخٌ عصَّهنَّ كما سبَّأ، وبالأخت من الأب والأُمُّ معها بنتٌ أو بنتُ ابن.

وتسقط كلُّ عَصِيَةٍ مَن يسقط باستغراقِ ذوي الفروض للتركة؛ كزوج وأُمٍّ وأخٍ منها وعمٍّ، فالعمُّ ساقطٌ بالاستغراقِ، نعم الأخ من الأب والأُمُّ في المُشتركة والأخت من الأب والأُمُّ أو من الأب في الأكدرية لا يسقطان بذلك.

(وَأَرْبَعَةٌ) مِنَ الذُّكُورِ (يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ) وَهُمْ:

(١) (الابْنُ)،

(٢) (وَابْنُ الْإِثْنِ) وَإِنْ نَزَلَ،

(٣) (وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ)،

(٤) (وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ) فَالْمُرَادُ الْجِنْسُ الصَّادِقُ بِالْمُتَعَدِّدِ فِي الْجَمِيعِ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ تَفِيدُ حُضَرَ تَعْصِيهِمْ فِي أَخَوَاتِهِمُ الْأَرْبَعَةَ، لَا حَصَرَ الْأَرْبَعِ فِي تَعْصِيهِمْ وَإِنْ أَوْهَمَتْ ذَلِكَ، فَلَا يُنَافِي أَنْ ابْنَ الْإِثْنِ يُعَصِّبُ غَيْرَ أُخْتِهِ أَيْضًا مِنْ بَنَاتِ الْإِثْنِ مِمَّنْ فِي دَرَجَتِهِ كَبَنَاتِ عَمِّهِ، وَكَذَا مَنْ هِيَ فَوْقَهُ كَعَمَّتِهِ، وَعَمَّةُ أَبِيهِ، وَعَمَّةُ جَدِّهِ، وَبِنْتُ عَمِّ أَبِيهِ، وَبِنْتُ عَمِّ جَدِّهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّلَاثِينَ، وَلَأَنَّ الْأَخْتَ شَقِيقَةٌ كَانَتْ أَوْ لَا بِإِعْصَابِهَا الْجَدُّ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ.

(وَأَرْبَعَةٌ) مِنَ الذُّكُورِ (يَرِثُونَ دُونَ أَخَوَاتِهِمْ) وَهُمْ:

(١) (الْأَعْمَامُ) لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ،

(٢) (وَبَنُو الْأَعْمَامِ) كَذَلِكَ،

(٣) (وَبَنُو الْأَخِ) لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ،

(٤) (وَعَصَبَاتُ الْمَوْلَى) أَيِ: الْمُعْتَقِ؛ لِأَنَّ الْأَخَوَاتِ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأُولَى مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَفِي الْبَاقِي لَا حَقَّ لَهُنَّ فِي الْوَلَاءِ، وَالْمُرَادُ الْجِنْسُ الصَّادِقُ بِالْوَاحِدِ وَالْإِثْنَيْنِ فِي الْجَمِيعِ، وَكَأَنَّهُ سَكَتَ عَنِ الْأَبِ وَالْجَدِّ فَإِنَّهُمَا أَيْضًا يَرِثَانِ دُونَ أُخْتَيْهِمَا لَفَهْمِهِمَا مِنَ الْأَعْمَامِ بِجَامِعٍ أَنَّ الْأَخْتَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ عَمَّةٌ.



(فصل) في الوصية

هي كقولـه: «أوصيتُ للفقراءِ بثُلثِ مالي»، أي: تبرّعتُ لهم بعد موتي، ولها أركان:

الأوّل: الموصى به وقد ذكره بقولـه: (وتَجُوزُ) أي: تحلُّ وتصح (الوصيةُ بالمَعْلُومِ) كـ «أوصيتُ له بهذا العبدِ» أو «بدينارٍ» (وَالْمَجْهُولِ) كـ «أوصيتُ له بعبدٍ من عبيدي» أو «بأحدِ العبدَيْنِ»، ويعيّنهُ الوارثُ (وَالْمَوْجُودِ) عند الوصيةِ والموتِ أو عند الموتِ فقط؛ كأنَّ أوصى له بعبدٍ من عبيده فوجَدَ في مالِه في الحالينِ أو عند الموتِ، وكذا بهذا العبدِ وإن لم يرَدْ^(١) «إن ملكته» وملكه عند الموتِ كما في «الرّوضة»^(٢)، لكن قال ابنُ الرّفعة: إذا لم يرَدْ^(٣) ما ذكر الظاهرُ البطْلانُ، وكلامُ الشافعيّ والأكثرين يقتضيه.

قال البُلْقِينِي: وهو المُفتى به، فقد نصَّ عليه الشافعيّ وجزّم به الرافعيّ في الكتابةِ واقتضى كلامه الاتِّفاقُ عليه^(٤)، فإن لم يُوجَدَ في الأوّلِ^(٥) في مالِه عند الموتِ بطلتْ، بخلاف ما لو قال فيها: «بعبدٍ من مالي» ولم يُوجَدَ حيثلِد فيشتري له.

(وَالْمَعْدُومِ) عند الموتِ والوصيةُ؛ كأنَّ أوصى بما تحمّله الدّابةُ أو الشّجرةُ أو بما يحدثُ من نخوِ حملٍ وثمرَةٍ وصوفٍ ولبنٍ، وفي مسألة الحملِ إن أوصى بما تحمّله هذا العامُ أو كلّ عامٍ فذاك، وإن أطلق فقال: أوصيتُ بما تحمّله فهل يعمُّ كلّ عامٍ أو يختصُّ بالعامِ الأوّلِ؟ قال ابنُ الرّفعة: الظاهرُ العمومُ. انتهى.

(١) في (ج): «نرد». وفي (هـ): «يزد».

(٢) «روضة الطالبين» (٣٠٦/٦).

(٣) في (ج): «نرد». وفي (هـ): «يزد».

(٤) يظن: «أسنى المطالب» (٣٦/٣).

(٥) في (هـ): «الأولى».

ويُقاسُ بها البقية، وفي مسألة حدوث الحمل يُشترط^(١) انفصاله لمُدَّةٍ يُمكنُ حدوثه فيها بعد الوصية، كأن يفصل لأكثر من أربع سنين، وكذا لما بينه وبين سنة أشهر وهي ذات فراش يُمكنُ الحدوث منه.

ومن الوصية بالمعْدوم الوصية بالمنافع؛ كأن أوصى بمنافع رقيقه أو داره سنة أو أبداً، فإن أطلق حُمِلَ على التأبيد.

ولم يُقَيَّد الوصية بالمال لصحتها بغيره؛ ككَلْبٍ مُعَلِّمٍ وِسْرَجِينَ وَخَمِيرٍ مُحْتَرَمَةٍ، لكن ينافيه قوله الآتي: «من كل مالك» إلا أن يُحْمَلَ المَلِكُ فيه على ما يشمَلُ الاختصاص.

(وهي) أي: الوصية معتبرة (من الثلث) بعد الدين عند الموت وإن لم يكن له مال عند الوصية.

(فإن) كان عليه دينٌ مستغرقٌ لم تنفذ الوصية في شيء، لكن يُحَكَّمُ بانعقادها حتى لو برئ منه بإبراء أو غيره نفذت، وإن لم يكن عليه دينٌ أو برئ منه فإن خرج ما أوصى به من الثلث حينئذٍ فذاك.

وإن زاد عليه (وقف) أي: الزائد (على إجازة الورثة) عند الموت المطلقين^(٢) التصرف فإن أجازوه فذاك، وإجازتهم تنفيذ لا عطية مبتدأة، أو ردوه بطلت، وفي مسألة الوصية بالمنفعة حيث قُيِّدَتْ بِمُدَّةٍ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُلُثِ التَّفَاوُتُ بَيْنَ قِيَمَتِهِ بِمَنْفَعَتِهِ وَقِيَمَتِهِ مَسْلُوبَتِهَا، فإذا كانت قيمته بمنفعته مئةً ويدونها ثمانين فالوصية بعشرين، والعبرة في الإجازة والرد بما بعد الموت، فلمن أجاز أو رد قبله الرد أو الإجازة بعده، ولا عبرة بالزيادة على الثلث قبل الموت إذا لم يزد عليه عنده، ولا بإجازة أو رد من ليس وارثاً عند الموت، وإن

(٢) في (ح) «المطلق».

(١) في (ح) «اشترط».

كَانَ وَارِثًا عِنْدَ الْوَصِيَّةِ بِخِلَافِ الْوَارِثِ عِنْدَ الْمَوْتِ الْغَيْرِ الْوَارِثِ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ وَلَا مَنَ لَيْسَ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ مِنَ الْوَرِثَةِ، لَكِنْ هَلْ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ أَوْ تُوقَفُ أَوْ يَرُدُّهَا وَلِيُّهُ؟

أَفْتَى الشُّبْكِيُّ بِالْبُطْلَانِ، وَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ تُتَوَقَّعْ أَهْلِيَّتُهُ وَإِلَّا أَنْتَظَرْتُ، وَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ بَيْتَ الْمَالِ بَطَلَتْ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا مُجَبَّرَ، وَالْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ.

قَالَ الْمُتَوَلَّى وَغَيْرُهُ: مَكْرُوهَةٌ، وَقَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ: مُحَرَّمَةٌ.

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَنْقُصَ عَنِ الثُّلُثِ شَيْئًا، وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ وَرِثَتُهُ أَغْنَاءَ اسْتَوْفَى الثُّلُثَ، وَإِلَّا فَيُسْتَحَبُّ النِّقْصُ، كَذَا فِي «الرَّوَضَةِ»^(١)، وَجَزَمَ بِالثَّانِي فِي «شَرْحِ مُسْلِمٍ»^(٢)، وَنَقَلَ عَنِ الْأَصْحَابِ وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي «الْأَمِّ»^(٣)، وَصَوَّبَهُ الزَّرْكَشِيُّ^(٤).

(وَلَا تَجُوزُ) أَي: لَا تَصِحُّ (الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ) خَاصٌّ عِنْدَ الْمَوْتِ وَلَوْ بِمَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ (إِلَّا أَنْ يُحْجِزَهَا بَاقِيَ الْوَرِثَةِ) عِنْدَ الْمَوْتِ الْمُطْلَقِينَ^(٥) التَّصَرُّفِ فَتَصِحُّ، وَإِجَازَتُهُ تَنْفِيدٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَفِيمَا لَوْ كَانَ بَاقِيَ الْوَرِثَةِ أَوْ بَعْضُهُ غَيْرَ مُطْلَقِينَ^(٦) التَّصَرُّفِ مَا تَقَدَّمَ عَنِ الشُّبْكِيِّ وَغَيْرِهِ، فَإِنْ أَوْصَى لَوَارِثٍ عَامًّا كَأَنْ كَانَ وَارِثُهُ بَيْتَ الْمَالِ فَالْوَصِيَّةُ بِالثُّلُثِ فَأَقْلَّ صَحِيحَةٌ دُونَ مَا زَادَ.

الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُوصِي، وَذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ: (وَتَجُوزُ) أَي: تَصِحُّ (الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ عَاقِلٍ) بِالْبَالِغِ حُرٍّ وَلَوْ كَافِرًا، أَوْ مُحْجُورًا عَلَيْهِ بِسَفَاهِهِ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَالِكِ، وَبِخِلَافِ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَإِنْ مَيِّزَ، وَالرَّقِيقِ وَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ الْمَوْتِ.

(٢) «شرح النووي على مسلم» (١١/ ٨٣).

(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦).

(٦) فِي (ج): «مطلق».

(١) «روضة الطالبين» (٦/ ١٢٢).

(٣) «الأم» (٥/ ٢٢٠).

(٥) فِي (ج): «المطلق».

الرُّكْنُ الثَّالِثُ: المَوْصَى لَهُ، وَهُوَ إِمَّا جِهَةً أَوْ غَيْرُهَا، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ جِهَةٍ فَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا أَهْلًا لِلْمَلِكِ كَمَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ: (لِكُلِّ مُتَمَلِّكٍ) أَي: أَهْلٌ لِمَلِكِ المَوْصَى بِهِ كَالْحَمْلِ بِأَنْ عُلِمَ وَجُودُهُ عِنْدَ الوَصِيَّةِ بِأَنْ انفَصَلَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْهَا أَوْ لَأَكْثَرَ إِلَى أَرْبَعِ سِنِينَ، وَلَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ فَرَاشًا لِمَنْ يُمْكِنُ كَوْنُ الْحَمْلِ مِنْهُ مِنْ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ لِلْعِلْمِ بِوَجُودِهِ عِنْدَهَا فِي الْأَوَّلِ، وَكَوْنِ الظَّاهِرِ فِي الثَّانِي وَجُودَهُ عِنْدَهَا لِنَذْرَةِ وَطءِ الشُّبْهَةِ، وَفِي تَقْدِيرِ الزَّنا إِسَاءَةً ظَنًّا، نَعَمْ لَوْ لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ فَرَاشًا قَطُّ أَي: قَبْلَ الوَصِيَّةِ؛ لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ، كَمَا نُقِلَ عَنِ الْأَسْتَاذِ أَبِي مَنْصُورٍ، بِخِلَافِ مَا لَوْ انفَصَلَ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ أَوْ دُونَهُ، وَالْمَرْأَةُ فَرَاشٌ لِمَنْ ذُكِرَ لِحُدُوثِهِ بَعْدَهَا فِي الْأَوَّلِ، وَاحْتِمَالِ حَدُوثِهِ مَعَهَا أَوْ بَعْدَهَا فِي الثَّانِيَةِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَفَارَقَ الْأَصْلَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ فَرَاشًا كَمَا تَقَدَّمَ بِمُعَارَضَتِهِ بِالظَّاهِرِ هُنَاكَ، وَكَالْمَسْجِدِ بِأَنْ أَوْصَى بِعِمَارَتِهِ وَمَصَالِحِهِ أَوْ أَطْلَقَ وَتَحَمَّلَ عَلَيْهِمَا، وَكَذَا إِنْ قَصَدَ تَمْلِيكَهُ كَمَا بَحَثَهُ الرَّافِعِيُّ^(١) وَرَجَحَهُ النَّوَوِيُّ^(٢)؛ لِأَنَّ لَهُ مِلْكًا وَعَلَيْهِ وَقْفًا وَيَقْبَلُ الْوَلِيُّ الوَصِيَّةَ لِلْحَمْلِ وَلَوْ قَبْلَ انفصالِهِ كَمَا صَحَّحَهُ الْخَوَارِزْمِيُّ وَاقْتَضَى كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ^(٣) كَمَا قَالَ الرَّزْكَانِيُّ أَنَّ الْأَكْثَرِينَ عَلَيْهِ وَيُؤَافِقُهُ مَا ذَكَرُوهُ فِي بَابِ الْإِقْرَارِ مِنْ أَنَّهُ يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِلْحَمْلِ وَيُحْمَلُ عَلَى جِهَةٍ مُمَكِّنَةٍ كَوَصِيَّةٍ، وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ قَبُولُهُ قَبْلَ انفصالِهِ حَيًّا، وَجَزَمَ بِهِ فِي «الرُّوضِ»^(٤).

وَمِنْ الوَصِيَّةِ لِلْمَلِكِ^(٥) الوَصِيَّةُ لِرَقِيقٍ؛ لِأَنَّهَا مَحْمُولَةٌ عَلَى الوَصِيَّةِ لِسَيِّدِهِ وَيَقْبَلُهَا الرَّقِيقُ وَإِنْ نَهَاهُ السَّيِّدُ دُونَ السَّيِّدِ وَإِنْ مَاتَ الرَّقِيقُ قَبْلَ قَبُولِهِ، وَلَوْ كَانَ الرَّقِيقُ قَاصِرًا^(٦) فَهَلْ يُسْتَنْظَرُ كَمَا لَهُ أَوْ يَقْبَلُ السَّيِّدُ كَوَلِيِّ الْحُرِّ؟

(١) الشرح الكبير (١٩/٧).

(٢) «روضه الطالبين» (١٠٦/٦).

(٣) الشرح الكبير (١١/٧)، و«روضه الطالبين» (١٠٠/٦).

(٤) «الروض» (ص ٣٨٣-٣٨٤).

(٥) في (هـ) «صغيراً».

(٦) في (هـ) «للمتملك».

قال شيخُ مشايخنا: الظاهرُ الثاني، ولو عتَقَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فالْوَصِيَّةُ له، أو عتَقَ بعضُه فله منها بقدرِ ما عتَقَ والباقي لِمَالِكِهِ، كما بحثه البُلْقِينِي وإِنْ عتَقَ بعدَ موته ولو قَبْلَ القَبُولِ فهي لِلسَّيِّدِ، ولو قَارَنَ العِتْقَ المَوْتَ فيه نظرٌ، ولا يبعدُ أَنَّهُ كَالْعِتْقِ قَبْلَهُ، هذا كُلُّهُ إِذَا لم يقصِدِ الْمُوصِي تَمْلِيكَهُ، فَإِنْ قصَدَهُ قال في «المطلب»: لم تصحَّ كنظيره في الوقف^(١).

وفرقَ الشُّبْكِيُّ بأنَّ الاستحقاقَ هنا منتظرٌ، فقد يعتقُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فيكونُ له أو لا فلِمَالِكِهِ بخلافه ثَمَّ، فَإِنَّهُ ناجِزٌ وليس الرَّقِيقُ أَهْلًا لِلْمَلِكِ^(٢). انتهى.

وهو أَوْجَهُ إِلَّا أَنَّ الأقربَ إِذَا لم يعتقِ البطلانُ، ولو بيعَ بعدَ المَوْتِ ولو قَبْلَ القَبُولِ فالملكُ للبائعِ أو قَبْلَ المَوْتِ فللمُشتري.

وخرَجَ بالمُعَيَّنِ: غيره؛ كَانَ أَوْصَى لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ، نَعَمْ إِنْ قال: أعطُوا هذا لِأَحَدِ هَذَيْنِ صَحَّ، وفرقَ بآئِهِ فِي الْأَوَّلِ تَمْلِيكٌ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ فلم يصحَّ، وفي الثاني وصِيَّةٌ بِالتَّمْلِيكِ، وهو مِنَ الْمُوصِي إِلَيْهِ لَا يَكُونُ إِلَّا لِمُعَيَّنٍ مِنْهُمَا.

وبتملك: غيره؛ كَانَ أَوْصَى لِمَبِيتٍ، نَعَمْ إِنْ قال: اصْرِفُوا هذا الماءَ لِأَوَّلَى النَّاسِ وهناك مَبِيتٌ قُدِّمَ عَلَى الْحَيِّ الْمُتَنَجِّسِ.

قال الرَّافِعِيُّ^(٣): وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَارِثٌ يَقْبَلُ لَهُ.

أو لكافرٍ بمسلمٍ أو بمصحفٍ، أو لِخَرِيٍّ بِسِلَاحٍ، أو لِذَابِيَّةٍ سِوَاءِ أَطْلَقَ أَوْ قصَدَ تَمْلِيكَهَا، فَإِنْ فُسِّرَ بَعْلَفِهَا صَحَّتْ؛ لِأَنَّ عِلْفَهَا عَلَى مَالِكِهَا فَهُوَ الْمَقْصُودُ بِالْوَصِيَّةِ، فَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ، وَيَتَعَيَّنُ الصَّرْفُ لَجِهَةِ الدَّابَّةِ رَعَايَةً لِفَرْضِ الْمُوصِي.

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣١).

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣١).

(٣) «الشرح الكبير» (٧/ ١٨).

وَلَا يُسَلَّمُ عَقْلُهَا لِلْمَالِكِ بَلْ يَصْرِفُهُ الْوَصِيُّ إِنْ كَانَ، وَإِلَّا فَالْقَاضِي وَلَوْ بَنَائِهِ،
فَإِنْ مَاتَ صَارَ الْمِلْكُ غَيْرَ مَقْيَّدٍ، وَإِنْ مَاتَ الْمُوصِي قَبْلَ التَّفْسِيرِ رُوجِعَ وَارْتُئِيَ،
فَإِنْ قَالَ: «أَرَادَ الْعَلْفَ» صَحَّتْ، أَوِ التَّمْلِيكَ وَ«حَلَفَ»، أَوْ «لَا أَذْرِي» بَطَلَتْ،
كَمَا فِي «الْبَيَانِ»^(١) عَنِ «الْعَدَّةِ».

وَلَوْ بَيَّعَتْ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَالْوَصِيَّةُ لِلْمُشْتَرِي، أَوْ بَعْدَهُ فَلِلْبَائِعِ، وَإِذَا قَبِلَ
الْوَصِيَّةَ صَرَفَهَا لِلدَّائِبَةِ وَإِنْ صَارَتْ مَلَكٌ غَيْرُهُ. هَذَا حَاصِلُ كَلَامِ النَّوَوِيِّ.

وَبَحَثَ الزُّرْكَشِيُّ صَحَّةَ الْوَصِيَّةِ لِلْخَيْلِ الْمُسَبَّلَةِ وَإِنْ أَطْلَقَ، أَخَذًا مِنْ صَحَّةِ
الْوَقْفِ عَلَيْهَا، وَعَدَمَ صَحَّةِ الْوَصِيَّةِ مُطْلَقًا لَوْ حَشِيَ يَمْلِكُهُ زَيْدٌ؛ لِأَنَّ عَلْفَ مِثْلِهِ لَا
يُقَصَّدُ الْإِرْفَاقُ بِهِ عَادَةً، أَخَذًا مِنْ إِضَافَةِ الدَّائِبَةِ إِلَى زَيْدٍ، وَالْأَقْرَبُ خِلَافُهُ.

وَإِنْ كَانَ جِهَةً فَشَرْطُهُ انْتِفَاءُ الْمَعْصِيَةِ فِي الْوَصِيَّةِ لَهُ، سِوَاءَ ظَهَرَتْ فِيهِ الْقُرْبَةُ
كِعِمَارَةِ الْمَسَاجِدِ، وَإِنْ كَانَ الْمُوصِي كَافِرًا وَاعْتَقَدَهُ حَرَامًا عَتَبَارًا بِاعْتِقَادِنَا،
وَعِمَارَةِ قُبُورِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْعُلَمَاءِ الصَّالِحِينَ؛ لِإِمَّا فِيهَا مِنْ إِحْيَاءِ الزِّيَارَةِ وَالتَّبَرُّكِ بِهَا.

قَالَ صَاحِبُ «الذَّخَائِرِ»: وَلَعَلَّ الْمُرَادَ أَنْ يَنْبَغِيَ عَلَى قُبُورِهِمُ الْقُبَابُ وَالْقَنَاطِرُ
كَمَا يُفْعَلُ فِي الْمَشَاهِدِ إِذَا كَانَ الدَّفْنُ فِي مَوَاضِعَ مَمْلُوكَةٍ لَهُمْ، أَوْ لَمَنْ دَفَنَهُمْ فِيهَا،
لَا بِنَاءَ الْقُبُورِ نَفْسِهَا؛ لِلنَّهْيِ عَنْهُ، وَلَا فَعْلَهُ فِي الْمَقَابِرِ الْمُسَبَّلَةِ؛ فَإِنَّ فِيهِ تَضْيِيقًا
عَلَى الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ الزُّرْكَشِيُّ: وَفِيهِ نَظَرٌ. وَالْمُنْتَجَةُ أَنَّ الْمُرَادَ بِعِمَارَتِهَا رَدُّ التُّرَابِ فِيهَا،
وَمَلَاذِمُهَا خَوْفًا مِنَ الْوَحْشِ، وَالْقِرَاءَةُ عِنْدَهَا، وَإِعْلَامُ الزَّائِرِينَ بِهَا كَيْلًا^(٢)
تَنْدَرِسَ. قَالَ شَيْخُ مَشَائِخِنَا: وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُتَبَادَرُ.

(١) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٢٣٦/٨).

(٢) في (ج) «ولئلا»

ومنه ما ذكره بقوله: (وَتَجُوزُ) الوَصِيَّةُ (فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى) كـ «أَوْصَيْتُ بِثُلُثِ مَالِي فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى» أو «لسبيل الله تعالى»، وتُصَرَّفُ لَغْزَاةِ الزَّكَاةِ، ولو قال: «أَوْصَيْتُ بِكَذَا لِلَّهِ» صَحَّ، وَصُرِفَ لَوْجُوهِ الْبِرِّ، وإن لم يَقُلْ: «لِلَّهِ» صَحَّ، وَصُرِفَ لِلْمَسَاكِينِ، أو لم تَظْهَرْ كَالْأَغْنِيَاءِ وَالذَّمَمِيِّينَ وَفَكَ أَسَارَى الْكُفَّارِ مِنْ أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ.

أَمَّا جِهَةُ الْمَعْصِيَةِ فَمَتَنِعُ الْوَصِيَّةُ لَهَا كَأَهْلِ الْحَرْبِ وَأَهْلِ الرُّدَّةِ؛ كَعِمَارَةِ كَنِيسَةٍ لِلتَّعْبُدِ وَلَوْ تَرَمِيمًا، وَإِسْرَاحِهَا تَعْظِيمًا لَهَا، وَكِتَابَةِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ، وَقِرَاءَتِهِمَا مِنْ كَافِرٍ أَوْ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ كَنِيسَةٍ تَنْزِلُهَا الْمَارَّةُ، أَوْ مَوْقُوفَةٍ عَلَى قَوْمٍ يَسْكُنُونَهَا وَلَوْ مَارَّةً أَهْلُ الذَّمِّ فَقَطْ فِيهِمَا، وَظَاهِرُهُ الصَّحَّةُ وَإِنْ سَمَّاهَا كَنِيسَةً، وَهُوَ الْمَتَّجُهُ، وَإِنْ جَزَمَ السُّبْكِيُّ بِالْبُطْلَانِ إِذَا سَمَّاهَا كَنِيسَةً، وَلَوْ قَالَ: «لَتَزُولِ الْمَارَّةُ وَالتَّعْبُدُ» فَوْجِهَانِ، وَالْأَوَجُّ الْبُطْلَانُ؛ لَوْ جُودَ جِهَةُ الْمَعْصِيَةِ.

الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الصِّيغَةُ، وَهِيَ لَفْظٌ وَلَوْ حَكَمًا يَشْعُرُ بِهَا صَرِيحًا، كَانَ قَالَ: «أَوْصَيْتُ لَهُ بِكَذَا» أَوْ «أَعْطُوهُ كَذَا»، أَوْ كِنَايَةً؛ كَقَوْلِهِ: «هُوَ لَهُ مِنْ مَالِي» أَوْ «وَهَبْتُهُ لَهُ» أَوْ «جَعَلْتُهُ لَهُ بَعْدَ مَوْتِي».

ومنها: الْكِتَابَةُ، وَلَوْ كَانَ الْمَكْتُوبُ صَرِيحًا إِنْ اعْتَرَفَ نَطْقًا هُوَ أَوْ وَارِثُهُ بِأَنْ نَوَى الْوَصِيَّةَ، فَلَوْ كَتَبَ: «أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِكَذَا» أَوْ «أَشْهَدُ أَنَّ الْكِتَابَ خَطُّهُ وَمَا فِيهِ وَصِيَّتُهُ» وَلَمْ يُطْلِعِ الشُّهُودَ عَلَى مَا فِيهِ، لَمْ تَنْعَقِدْ وَصِيَّتُهُ.

وَفِي «الْبَحْرِ» لَوْ قَالَ: «كُلُّ مَنْ ادَّعَى عَلَيَّ بَعْدَ مَوْتِي فَأَعْطُوهُ مَا يَدَّعِيهِ، وَلَا تَطْلُبُوا مِنْهُ حُجَّةً» كَانَ كَالْوَصِيَّةِ تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى حُجَّةٍ.

وَفِي «الْإِشْرَافِ»: لَوْ قَالَ الْمَرِيضُ: «مَا يَدَّعِيهِ فَلَانٌ فَصَدَّقُوهُ» فَمَاتَ، قَالَ الْجُرْجَانِيُّ: هَذَا إِقْرَارٌ بِمَجْهُولٍ، وَتَعْيِينُهُ لِلْوَرِثَةِ، وَلَا بَدَأَ مِنْ قَبُولِ الْمُوصَى لَهُ إِنْ كَانَ مَعِينًا مَحْصُورًا وَلَوْ مُتَعَدِّدًا كَبْنِي زَيْدٍ، وَيَجِبُ اسْتِيعَابُهُمُ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ.

فإن كان المُعَيَّنُ غَيْرَ أَدِيمِي كَمَسْجِدٍ، قال ابنُ الرَّفْعَةِ: لا بدُّ من قَبُولِ قِيَمَةٍ فيما نَظَّنُّه.

ولعلَّه أَقْرَبُ من قولِ الأذْرَعِيِّ: الأَقْرَبُ أَنَّهُ كَالْوَصِيَّةِ لِهَجَةِ عَامَّةٍ، فلا تَحْتَاجُ إلى قَبُولٍ، بخلافِ غَيْرِ المَحْصُورِ كالفُقَرَاءِ، فلا يُشْترَطُ قَبُولُهُ، ويجوزُ الاقتصارُ منه على ثَلَاثَةٍ، ولا تَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ.

ولا حَاجَةَ إلى القَبُولِ فيما لو كان المَوْصَى به إعتاقًا كـ «أَعْتَقُوا عَنِّي فُلَانًا بَعْدَ مَوْتِي»، بخلافِ ما لو أَوْصَى له بِرَقِيَّتِهِ؛ لا قِتْضَاءَ الصَّيْغَةِ القَبُولِ.

ووقَّته كالرَّدِّ بَعْدَ المَوْتِ ولو على التَّراخِي، فإن ماتَ المَوْصَى له قَبْلَ مَوْتِ المَوْصِي أو مَعَهُ بَطَلَّتِ الوَصِيَّةُ، أو بَعْدَهُ بلا قَبُولٍ ولا رَدِّ خَلَفَهُ وَاِثْرُهُ ولو عَامًّا، ولو قَبْلَ بَعْضِ المَوْصَى به، ففيه اِحْتِمَالَانِ لِلغَرَالِي، والأَوْجَهُ الصَّحَّةُ، وإن رَجَّحَ في نَظِيرِهِ من الهَبَةِ البُطْلَانُ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ أَوْسَعُ، وبالقَبُولِ يَتَبَيَّنُ المَلِكُ من حينِ المَوْتِ، فلا يَصِحُّ رَدُّهُ ولو قَبْلَ القَبْضِ على الأصَحِّ عِنْدَ الشَّيْخَيْنِ، وإن صَحَّحَ في «تَصْحِيحِ التَّنْبِيهِ» خِلَافَهُ.

وله الفَوَائِدُ الحَاصِلَةُ وعليه المُوْنَةُ من حِينَئِذٍ فَلَمَنْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ بِإِذْنِ الحَاكِمِ أو مع الإِشْهَادِ عِنْدَ فَقْدِهِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ، وَلِلوَارِثِ وَالرَّقِيقِ المَوْصَى به والقَائِمِ مَقَامَهُمَا مِن وَلِيِّ وَوَصِيِّ مُطَالَبَةُ المَوْصَى له بالقَبُولِ أو الرَّدِّ إن تَوَقَّفَ فِيهِمَا، فَإِنْ امْتَنَعَ حُكِمَ عَلَيْهِ بِالرَّدِّ، وَمَحَلُّهُ فِي الْمُتَصَرِّفِ لِنَفْسِهِ، أما لو امْتَنَعَ الوَلِيُّ من القَبُولِ لِمَحْجُورِهِ وَكَانَ الحِفْظُ لَهُ فِيهِ فَالْمَتَّجَةُ كَمَا قال الزُّرْكَاشِيُّ أَنَّ الحَاكِمَ يَقْبَلُ لَهُ، وَلَا يُحْكَمُ بِالرَّدِّ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَالْمَتَّجَةُ جَوَازُ قَبُولِهِ إِذَا رَجَعَ.

(وَتَصَحَّحَ الوَصِيَّةَ) بِمَعْنَى الإِيصَاءِ بِنَحْوِ قِضَاءِ ذَيْنِ، وَتَنْفِيذِ وصِيَّةٍ، وَرَدِّ وَدِيعَةٍ وَعَارِيَةٍ، وَأَمْرٍ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ لَجُنُونٍ أو سَفَهٍ أو صِغَرٍ ولو حَمَلًا، إِنْ كَانَ مَوْجُودًا

حَالُ الْإِصْءِ أَوْ تَابَعًا لِمَوْجُودِ حَالِ الْإِصْءِ عَلَى أَوْلَادِهِ الْمَوْجُودِينَ وَمَنْ يَحْدُثُ، كَمَا نَقَلَهُ الْبُلْقِينِيُّ عَنْ نَصِّهِ، مِنْ حُرِّ مُكَلَّفٍ مُخْتَارٍ فِي الْجَمِيعِ ذِي (١) وَلَايَةِ ابْتِدَاءٍ مِنَ الشَّرْعِ، أَوْ مَأْذُونٍ لَهُ فِيهِ فِي أَمْرِ الْمَحْجُورِ، بِخِلَافِ الرَّقِيقِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْمُكْرَهِ مُطْلَقًا وَوَصِيٍّ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي أَمْرِ الْمَحْجُورِ، فَلَا يَصِحُّ إِصْءُهُمْ.

وَأَمَّا يَصِحُّ الْإِصْءُ (إِلَى مَنْ اجْتَمَعَتْ فِيهِ) عِنْدَ الْمَوْتِ وَكَذَا عِنْدَ الْقَبُولِ كَمَا نَقَلَهُ ابْنُ الْعِمَادِ، وَوَجَّهَهُ بِأَنَّ الْفُسْقَ وَالْعَجْزَ وَاجْتِلَالَ النَّظَرِ يَنْعِزِلُ بِهِ دَوَامًا فَاِبْتِدَاءً أَوَّلَى.

(خَفَسُ خِصَالٍ) وَتَعْبِيرُهُ بِالصَّحَّةِ لَا يُنَافِي اسْتِحْبَابَهَا فِيمَا ذُكِرَ، وَلَا وَجُوبَهَا إِذَا عَجَزَ فِي الْحَالِ عَنْ قَضَاءِ حَقٍّ لَيْسَ بِهِ شَهَادَةٌ، بَلْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: يَظْهَرُ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْآبَاءِ الْوَصِيَّةُ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ وَنَحْوِهِمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ جَدٌّ أَهْلٌ لِلْوَلَايَةِ إِلَى ثِقَةٍ كَافٍ وَجِيهٍ إِذَا وَجَدَهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ إِنْ تَرَكَ الْوَصِيَّةَ اسْتَوَلَى عَلَى مَالِهِ خَائِنٌ مِنْ قَاضٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الظُّلْمَةِ، إِذْ يَجِبُ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالٍ وَلَدِهِ عَنِ الضَّيَاعِ. (الْإِسْلَامُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالْأَمَانَةُ) أَيِ: الْعَدَالَةُ وَلَوْ ظَاهِرَةً، فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى كَافِرٍ، أَوْ صَبِيٍّ، أَوْ مَجْنُونٍ، أَوْ رَقِيقٍ وَإِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ، أَوْ فَاسِقٍ. نَعَمْ يَصِحُّ إِصْءُ الذَّمِّيِّ فِي مَحْجُورِهِ الذَّمِّيِّ إِلَى ذَمِّيٍّ مَعْصُومٍ عَذْلٍ فِي دِينِهِ، كَمَا يَصِحُّ إِصْءُهُ إِلَى الْمُسْلِمِ، فَلَوْ أَوْصَى إِلَيْهِ وَجَعَلَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ مِنْ غَيْرِ نَصٍّ لَهُ عَلَى الْإِصْءِ إِلَى ذَمِّيٍّ فَهَلْ لَهُ أَنْ يُوصِيَ إِلَى ذَمِّيٍّ كَالْمُوصِي أَوْ لَا؛ لِأَنَّ الْمُوصِي يُلْزَمُهُ رِعَايَةُ الْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ، وَالتَّقْوِيضِ إِلَى الْمُسْلِمِ أَرَحُّ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ اعْتَمَدَ مِنْهُ ابْنُ الْعِمَادِ وَمَنْ وَافَقَهُ الثَّانِي.

وشمِلَ كلامه الأعمى والأثنى، وهو كذلك، بل أمُّ الأطفالِ أولى من غيرها، وأجيرُ العينِ - وهو الأوجهُ خلافاً لابنِ الرُّفْعَةِ - لأهليته للتصرف وتمكُّنه من الإنابة، بخلاف الرقيق.

قال السُّبْكِيُّ: ومقتضى كلامهم أننا إذا صحَّحنا وصية المُبَدَّرِ فله تعيينُ شخصٍ لتنفيذها، وهو محتملٌ، ومنعُه أيضاً محتملٌ، قاله القاضي. انتهى.

لكن قال في «المطلب» وتبعه القمُولِيُّ: والذي يقتضيه الفقه عدمُ صحَّتها منه، والوجهُ ضبطُه بكلِّ مَنْ يصحُّ تصرفُه. انتهى.

ولا بدَّ في الوصِّي أيضاً من كفايته في التصرف الموصى به، وعدم عداوته للمولى عليه، فلا يصحُّ الإيصاءُ إلى مَنْ لا يكفي في التصرف لنحو سفيه أو هَرَمٍ، ولا مَنْ بينه وبين المولى عليه عداوةٌ.

وأخذ منه الإسنويُّ اشتراطَ كونِ الوصِّي الذمِّي من ملَّةِ الموصى عليه حتَّى لا نصحَّ وصية النصرانيِّ إلى اليهوديِّ أو المجوسيِّ وبالعكس للعداوة. وردَّه شيخُ مشايخنا بأنَّ المُعتَبَرِ العداوةُ الدُّنيويَّةُ، ولهذا جَرَمَ الدِّمِيرِيُّ بالصَّحَّةِ.

وهل نصحَّ إلى آخرس له إشارة مفهومة؟ فيه نظرٌ.

ولا يصحُّ الإيصاءُ في تزويج، ولا في معصية؛ كبناء كنيسة، ولا على المحجور والجدُّ عند الموت حيٌّ بصفة الولاية، بخلاف ما إذا لم يكن حينئذٍ بصفتهَا، لكن لو اتَّصَفَ بها بعد الموت فالظاهرُ ثبوتُ ولايته من حينئذٍ ونفوذُ ما مضى من تصرف الوصِّي.





(كِتَابُ النِّكَاحِ)



The map shows the northern Adriatic coastline from Trieste in the northwest to the Gulf of Genoa in the southeast. Sampling stations are indicated by numbered dots: 1 is near Trieste; 2 is further east along the coast; 3 is in the Gulf of Genoa; 4 is further south; 5 is near the Gulf of Genoa; 6 is further east; 7 is further south; 8 is further east; 9 is further south; and 10 is further east. A scale bar at the bottom indicates 100 km.

[illegible]

(كِتَابُ النِّكَاحِ)

أي: التَّزْوِجُ^(١) (وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ) جمعُ حكمٍ بمعنى النِّسْبَةِ التَّامَّةِ (وَالْقَضَايَا) جمعُ قَضِيَّةٍ بمعنى مَقْضِيٍّ بِهَا، فهي بمعنى النِّسْبَةِ، فعطفُها عليها مِن قَبِيلِ الْعَطْفِ التَّفْسِيرِيِّ، أو بالمعنى الْمُصْطَلَحِ عِنْدَ أَهْلِ الْمِيزَانِ، فالعطفُ مِن قَبِيلِ عَطْفِ الْكُلِّ عَلَى جُزْئِهِ، ثُمَّ يُحْتَمَلُ أَنْ يَرِيدَ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ جَمِيعُ مَا بَاقِيَ إِلَى الْجَنَائِيَّاتِ لظُهُورِ ارْتِبَاطٍ جَمِيعِ ذَلِكَ بِهِ.

(النِّكَاحُ مُسْتَحَبٌّ لِمَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ) رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً، مُسْتَغْلَاً بِالْعِبَادَةِ أَوْ لَا، بَأَنْ تَتَوَقَّ نَفْسُهُ إِلَى الْوَطْءِ وَلَوْ خَصِيًّا، وَكَذَا عَاجِزٌ عَنْ حُرَّةٍ قَدَرَ عَلَى أُمِّهِ، أَوْ عَنْ مُسْلِمَةٍ قَدَرَ عَلَى كَافِرَةٍ، كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ إِطْلَاقِهِ، لَكِنْ قَالَ ابْنُ السَّمْعَانِيِّ: هُنَا يُبَاحُ فَقَطْ.

أَوْ يَحْتَاجُ إِلَى الْخِدْمَةِ أَوْ الْأَنْسِ، كَمَا بَحَثَهُ الزُّرْكَشِيُّ، وَخَوَّلَفَ فِيهِ، وَلَعَلَّ مُحَلَّهَ حَيْثُ لَا يَتَأَتَّى ذَلِكَ بِغَيْرِ النِّكَاحِ، أَوْ تَحْتَاجُ الْمَرْأَةُ إِلَى النِّفْقَةِ، أَوْ تَخَافُ مِنَ اقْتِحَامِ الْفَجَرَةِ، بَلْ لَوْ عَلِمَتْ عَدَمَ انْدِفَاعِهِمْ عَنْهَا إِلَّا بِهِ وَجَبَ عَلَيْهَا، كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ.

نَعَمْ الْمُسْلِمُ بَدَارِ الْحَرْبِ لَا يُسْتَحَبُّ لَهُ النِّكَاحُ؛ لِثَلَاثِ يُوْذِي إِلَى كُفْرٍ وَلَدِهِ وَرِقَّةٍ لَوْ سُبِيَتْ أُمُّهُ حَامِلًا بِهِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُصَدَّقُ فِي أَنَّ حَمْلَهَا مِنْ مُسْلِمٍ، نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، وَعَلَى كِرَاهَةِ التَّسْرِي أَيْضًا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ.

وَمَحَلُّ الِاسْتِحْبَابِ فِي الرَّجُلِ إِذَا قَدَرَ عَلَى أَهْبَتِهِ مِنْ مَهْرٍ وَكَسْوَةٍ فَصَلَ التَّمَكِينِ وَنَفَقَةٍ يَوْمِهِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اسْتُحِبَّ لَهُ تَرْكُهُ، وَلَا يُكْرَهُ، خِلَافًا لِمَا فِي «شَرْحِ مُسْلِمٍ».

(١) فِي (ج)، (هـ): «التَّزْوِيجُ»

ويكسر شهوته بالصوم، فإن لم تنكسر به لا يكسرُها بالكافور ونحوه بل يترَوِّجُ، وصرَّحَ البَعَوِيُّ بكراهة الاحتياطِ لقطع شهوته، وبعضهم بحرمة ما يُؤدِّي إلى إبطالها من أضلِّها.

وخَرَجَ بَمَنْ يَحْتَاجُ إليه غيره فيكره له إن فقد أهبته، أو كان به علة كهرم ومرضٍ دائمٍ وتعنينٍ، وبحَثَّ بعضهم تقييده أيضًا بالدوام ليخرج مَنْ يعنُّ وقتًا دونَ وقتٍ، وإلا فلا، لكن التَّخْلِيَّ أَفْضَلُ له منه، فإن لم يتعبَّدْ فالنِّكَاحُ أَفْضَلُ له من تزكِّه.

وقضية ما تقرَّرَ عدم الكراهة للمرأة حيث لم يكن بها علة، ولا يتصورُ في حقها فقدُ أهبتها؛ إذ لا أهبة في حقها، وهو متَّجهٌ، لكن قضية قول «التَّنبِيه» مِنْ أَنَّ مَنْ جازَ لها النِّكَاحُ إن كانت محتاجةً إليه اسْتَحَبَّ لها النِّكَاحُ والإكراهُ خلافه، وَمِنْ هُنَا يُعْلَمُ أَنَّ ما قِيلَ مِنْ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ للمرأة النِّكَاحُ مُطْلَقًا مردودٌ.

وأهمَّ كلامُ المُصنِّفِ أَنَّهُ لا يَجِبُ النِّكَاحُ مُطْلَقًا، وهو كذلك وإن خاف العنتَ وعجزَ عن التَّسْرِي، نَعَمْ قد يَجِبُ لعارضٍ بأنْ نَذَرَهُ حيثُ يُسْتَحَبُّ كما قاله ابنُ الرُّفْعَةِ كَالْمَاوَزْدِيِّ، لَكِنْ خَالَفَهُمَا ابْنُ الْعِمَادِ وَمَنْ وافقه.

وقيل: يَجِبُ نِكَاحُ مَظْلُومَةٍ طُلِّقَتْ قَبْلَ وفاءِ حَقِّها لِيُوفِّيها إِيَّاهُ مِنْ تَوْبَةٍ ضَرَّتْهَا، وَرُدُّ بَأَنَّ تَدَارُكَ الطَّلَاقِ الْبِدْعِيُّ الَّذِي هُوَ مِنْ صُورِ^(١) ذَلِكَ بِالرَّجْعِيَّةِ لا يَجِبُ، فَالْنِّكَاحُ أَوْلَى، وفيه نظيرٌ، والْمُتَّجِهَةُ الْوُجُوبِ إِذَا تَعَيَّنَ طَرِيقًا فِي الْخِلَاصِ مِنْ حَقِّها لِتَوْقُفِ التَّوْبَةِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ، وَعَدَمُ وَجوبِ تَدَارُكِ الطَّلَاقِ الْبِدْعِيِّ فِي نَفْسِهِ لا يُنَافِي الْوُجُوبَ لِهَذَا الْعَارِضِ.

(١) ي (ح)، (ن): «صورة»

(وَيَجُوزُ لِلْحَرِّ) البالغِ الرَّشِيدِ ولو حُكَمَا (أَنْ يَجْمَعَ) فِي النِّكَاحِ (بَيْنَ أَرْبَعِ حَرَائِرَ) فِي عَقْدٍ أَوْ عَقُودٍ وَلَوْ بِدُونِ حَاجَةٍ وَمَصْلَحَةٍ، (وَ) يَجُوزُ (لِلْعَبْدِ) وَمِثْلُهُ الْمُبْعُضُ أَوْ أَرَادَ بِهِ مَنْ فِيهِ رُقٌّ أَنْ يَجْمَعَ (بَيْنَ اثْنَتَيْنِ) حُرَّتَيْنِ أَوْ أَمَتَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَتَيْنِ فِي عَقْدٍ أَوْ عَقْدَيْنِ.

وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْأَرْبَعِ وَالثَّلاثَيْنِ، فَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بِأَنْ اتَّخَذَ وَلِيَهُنَّ أَوْ وَكَّلَ أَوْ لِيَاؤُهُنَّ وَاحِدًا بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِنَّ مَجُوسِيَّةٌ وَهُنَّ خَمْسٌ فَيَخْتَصُّ الْبُطْلَانُ بِهَا، أَوْ مَنْ يَحْرُمُ جَمْعُهُمَا كَأَخْتَيْنِ فِي خَمْسٍ أَوْ سِتٍّ فِي الْحَرِّ، أَوْ ثَلَاثٍ أَوْ أَرْبَعٍ فِي الْعَبْدِ، فَيَخْتَصُّ الْبُطْلَانُ بِهِمَا، بِخِلَافِهِمَا فِي سَبْعٍ فِي الْحَرِّ أَوْ خَمْسٍ فِي الْعَبْدِ، فَهُوَ بَاطِلٌ فِي الْجَمِيعِ، أَوْ فِي عَقْدَيْنِ فِي الْجَمِيعِ، كَأَنْ نَكَحَ ثَلَاثَةً فِي عَقْدٍ وَثَلَاثًا فِي آخَرَ، فَإِنْ عُرِفَ السَّابِقُ وَلَمْ يَنْسَ بَطْلَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ، وَإِنْ نَسِيَ وَجَبَ التَّوَقُّفُ إِلَى الْبَيَانِ، وَإِنْ وَقَعَ مَعًا أَوْ عُرِفَ سَبْقُ وَلَمْ يَتَعَيَّنِ السَّابِقُ وَلَمْ يَرَجَّ تَعَيُّنُهُ، أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالْمَعْيَةُ فَهُمَا بَاطِلَانِ.

وَخَرَجَ بِالْبَالِغِ: الصَّغِيرُ، فَلَا يَبِيهُ وَإِنْ عَلَا دُونَ غَيْرِهِ تَزْوِيجُهُ وَلَوْ أَرْبَعًا لِلْمَصْلَحَةِ.

وَبِالْعَاقِلِ: الْمَجْنُونُ، فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا أَوْ بَالِغًا غَيْرَ مُحْتَاجٍ امْتَنَعَ تَزْوِيجُهُ، أَوْ بَالِغًا مُحْتَاجًا كَانَ تَظْهَرُ رَغْبَتُهُ بِدَوْرَانِهِ حَوْلَهُنَّ وَتَعَلُّقُهُ بِهِنَّ وَنَحْوُ ذَلِكَ، أَوْ يُتَوَقَّعُ الشِّفَاءُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ مِنَ الْأَطْبَاءِ، زَوْجَهُ الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ ثُمَّ الْحَاكِمُ وَجُوبًا دُونَ غَيْرِهِمْ وَاحِدَةً فَقَطْ وَلَوْ أُمَةٌ بِشَرْطِهَا لِانْدِفَاعِ الْحَاجَةِ بِهَا.

وَبِالرَّشِيدِ الْمَذْكُورِ السَّفِيهِ الْمَحْجُورِ، فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى النِّكَاحِ لَمْ يَزَوَّجْ، وَإِنْ احتَاجَ تَزَوَّجَ وَاحِدَةً بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَهُوَ الْأَبُ وَإِنْ عَلَا، ثُمَّ الْحَاكِمُ إِنْ بَلَغَ سَفِيهَاً، وَإِلَّا فَهُوَ الْحَاكِمُ فَقَطْ، أَوْ قَبْلَ لَهُ وَلِيُّهُ نَكَاحَهَا بِإِذْنِهِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَأَقْلَ فِيهِمَا، فَإِنْ زَادَ عَلَيْهِ صَحَّ النِّكَاحُ بِقَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ مِنَ الْمُسَمَّى وَلَعَى الزَّائِدُ.

(وَلَا يَنْكِحُ الْحُرُّ) (لا غيره ولو مُبْعَضًا)^(١) أي: لا يجوز ولا يصح له أن يتزوج (أمة) ومثلها المُبْعَضَةُ، أو أراد من فيها رِقًّا (إِلَّا بِشَرِّطَيْنِ):

أحدهما: (عَدَمُ) قُدْرَتِهِ عَلَى (صَدَاقِ الْحُرَّةِ) والمُرَادُ ما تَرَضَى به من مهرٍ مثلها فأقلُّ فاضلاً عما يحتاجه من مسكنه وخادمه ولباسه ومركوبه ونحوها، وإن رُضِيَتْ بنكاحه بلا مهرٍ أو بمَوْجَلٍ تتوقَّعُ قُدْرَتُهُ عليه عند المَحَلِّ، فإن قَدَرَ عليه ولو بسببٍ وجوب الإعفافِ على فُرْعِهِ امتنعَتِ الأمةُ لاستغنائيه عن إرفاقٍ وليه أو بغضه، ومن ثَمَّ كان المَوْصَى بحملها أبداً إذا اعتَقها الوارِثُ كالأمة.

تَعَمَّ لو كانتِ الْحُرَّةُ غائبةً بحيثُ تلحقه مشقةٌ ظاهرةٌ في قضائها، وضبطها الإمام - كما نقله عنه الشَّيْخَانِ - بأن يُنسَبَ مُتَحَمِّلُهَا في طلبِ الزَّوْجَةِ إلى الإسرافِ ومُجَاوِزَةِ الْحَدِّ، (وإن لم يكن فيه غرم)^(٢) أو يخاف زناً في مدَّةٍ قضدها، وكذا لو لم يُمكنِ انتقالُها معه كما يحثُّه الزُّرْكَشِيُّ وغيره، أو لم تصلح للاستمتاع لنخوٍ صغيرٍ أو رقيقٍ أو برصٍ أو هَرَمٍ أو جُنُونٍ، أو طلبت زيادةً على صداقها وإن قَلَّتْ وقَدَّرَ عليها، أو احتاجَ إلى صداقها في مسكنه أو نحوهِ ممَّا تقدَّم، أو كانت زانيةً على ما أفتى به جماعة؛ كانتِ القدرةُ على صداقها كالعدم، فله نكاحُ الأمة.

ودخلَ في قوله: «الْحُرُّ» العَيْنِيُّ، وبه صرَّحَ القاضي، والمَجْنُونُ بالنُّونِ وقد نقله القاضي عن الأصحابِ وإن خالفه، والعقيمُ الأيسُّ من الولدِ وإن توقَّفَ فيه بعضهم، والممسوخُ وإن خالفه فيه ابنُ عبد السلام نظراً لانتفاء المحذورِ من رِقِّ الولدِ إذ لا يلحقه، ووجهُ ذلك في الجميع أن الأمةَ في نفسها مظنةُ إرفاقِ الولدِ.

وفي قوله: الأمةُ الصغيرةُ والأيسةُ؛ لما دُكِّرَ، وكذا من شرط سيِّدِها ولو في العقدِ حرِّيَّةً أو لادِّها؛ لأنَّ الظَّاهِرَ عدمُ تأثيرِ هذا الشرطِ، وإن أفتى شيخُ مشايخنا

(١) زيادة من (هـ).

(٢) زيادة من (هـ).

بخلافه؛ إذ لا تعليق فيه، والحرية لا تثبت في المستقبل من غير تعليق، فأولادها أرقاء، نعم إن ظن الواطئ تأثير الشرط لم يبعد انعقادهم أحراراً كما في نظائره.
(و) الشرط الثاني: (خوف) وقوعه في (العنت) أي: الزنا بأن تغلب شهوته وتضعف تقواه، بخلاف من ضعفت شهوته أو قوي تقواه، والمراد عموم العنت لا خصوصه، حتى لو خاف العنت من أمة بعينها لقوة ميله إليها لم ينكحها إذا كان واجداً للطول، قاله الروياني.

قال شيخ مشايخنا: والوجه ترك التقييد بوجود الطول؛ لأنه يقتضي جواز نكاحها عند فقد الطول فيفوت اعتبار عموم العنت مع أن وجود الطول كافٍ في المنع من نكاحها. انتهى^(١).

وبهذا الشرط علم أن الحر لا ينكح الأمة إن كان تحت من يصلح لاستمتاعه بها من حرة أو أمة؛ أي: حاضرة، أو لا يشق قضدها ولا يخاف زناً مدة قضدها كما هو ظاهر، أو يقدر على التسري بما يصلح لاستمتاعه لا ينكح الأمة.

فلو ملك من لا تجل له لزمه بذلها في قيمة أمة أو صداق حرة إن وفئت قيمتها بذلك، وإلا ففي صداق أمة، وأنه لا ينكح نحو أمة صغيرة لا توطأ؛ لأنها لا تدفع العنت، وأنه لا ينكح أمتين لاندفاع العنت بالواحدة.

نعم قد تصور الزيادة عليها إلى الأربع، كأن نكحها بشرطه ثم غاب عنها بحيث تلحقه مشقة ظاهرة في قضدها أو يخاف زناً في مدة قضدها، وعجز عن الحرية وخاف الزنا فنكح أخرى، ثم غاب عنها كذلك، وهكذا إلى تمام الأربع؛ لأنه جائز، ولا يفسخ نكاح واحدة منهن بعد ذلك وإن اجتمعن وأمن الزنا وقدر على الحرية.

(١) يطر: «تحفة المحتاج» (٧/٣١٨)

وَأَنَّ الْمَمْسُوحَ وَمَجْبُوبَ الذَّكَرِ لَا يَنْكِحُ الْأُمَّةَ، إِذْ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْعَنْتُ، وَهُوَ مَا قَالَهُ الْإِمَامُ وَالْمُتَوَلَّى فِي الثَّانِي، وَمَشَى عَلَيْهِ فِي «الرَّوَضِ»، وَخَالَفَ الرُّوْيَانِي فَأَجَازَ نِكَاحَ الْأُمَّةِ لِلْمَجْبُوبِ وَالْخَصِيِّ عِنْدَ خَوْفِ الْوُقُوعِ فِي الْفِعْلِ الْمُؤْتَمِّ. وَأَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّهُ عِنْدَ وَجُودِ الشَّرْطَيْنِ يَجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ مَعَ تَيْسِيرِ الشَّبَعَةِ، وَالْوَلُودِ مَعَ تَيْسِيرِ الْعَقِيمِ، وَأُمَّةُ الْأَجْنَبِيِّ مَعَ تَيْسِيرِ أُمَّةِ أَصْلِهِ.

وَقَدْ تَرَدَّدَ الْإِمَامُ فِي الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ إِرْفَاقَ بَعْضِ الْوَلَدِ أَهْوَنُ مِنْ إِرْفَاقِ كُلِّهِ، وَعَلَى تَعْلِيلِ الْمَنْعِ اقْتَصَرَ الشَّيْخَانِ.

قَالَ الزُّرْكَشِيُّ: وَهُوَ الرَّاجِحُ. قَالَ: وَهَذَا إِنْ قُلْنَا يَنْعَقِدُ مُبْعَضًا، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْعَقِدُ حُرًّا كَمَا رَجَّحَهُ الرَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ امْتَنَعَتِ الْأُمَّةُ مُطْلَقًا، وَنِكَاحُ الْوَلُودِ وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِمْ فِي الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ، لَكِنْ بَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ فِي الثَّانِيَةِ الْمَنْعَ نَظْرًا إِلَى انْتِفَاءِ مَحْذُورِ رَقِّ الْوَلَدِ، وَتَرَدَّدَ بَعْضُهُمْ فِي الثَّالِثَةِ نَظْرًا إِلَى عِنَقِ الْأَوْلَادِ عَلَى أَصْلِهِ، وَأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْهُمَا فِي نِكَاحِ الْحُرِّ الْكِتَابِيِّ الْأُمَّةَ الْكِتَابِيَّةَ، وَهُوَ مَا فَهِمَهُ السُّبْكِيُّ مِنْ كَلَامِهِمْ. قَالَ الْمُحَقِّقُ الْمَحَلِّي: وَإِنْ لَمْ يُصْرِّحْ بِهِ الرَّافِعِيُّ وَلَا غَيْرُهُ، وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: ظَاهِرُ الْقُرْآنِ يُدُلُّ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ ذَلِكَ. انْتَهَى.

وَقَدْ يُشْكِلُ عَلَى الْأَوَّلِ وَيُؤَيِّدُ الثَّانِي مَا صَرَّحُوا بِهِ فِي نِكَاحِ الْمُشْرِكِ مِنْ أَنَّ أَمْنَ الزَّنا وَالْيَسَارَ إِذَا قَارَنَا عَقْدَ الْمُشْرِكِ ثُمَّ أَسْلَمَ لَمْ يَقْدَحْ فِي ذَلِكَ، إِلَّا إِنْ قَارَنَا بَعْدَ ذَلِكَ اجْتِمَاعَ الْإِسْلَامَيْنِ، فَإِنَّهُ يُفِيدُ أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّهِ، وَإِلَّا لَأَتَرَ عِنْدَ مَقَارِنَةِ الْعَقْدِ مَعَ أَحَدِ الْإِسْلَامَيْنِ كَغَيْرِهِ مِنَ الْمُفْسَدَاتِ.

وَقَدْ يَجَابُ اخْتِذَا مِنْ ذَلِكَ بِأَنَّ مَرَادَ السُّبْكِيِّ أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْهُمَا فِي الْجُمْلَةِ، فَيَكْفِي وَجُودُهُمَا عِنْدَ اجْتِمَاعِ الْإِسْلَامَيْنِ وَإِنْ فُقِدَا عِنْدَ الْعَقْدِ، وَمَرَادُ الْبُلْقِينِيِّ عَدَمُ اعْتِبَارِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ، فَلْيَتَأَمَّلْ

وحيثُ جازَ نكاحُ الأُمّةِ لم يتأثّر بما يطرأ عليه من يسارٍ أو نكاحِ امرأةٍ، ولا بدّ من إسلامِ الأُمّةِ في حقِّ المُسلم فلا يحلُّ له ولو رقيقاً نكاحُ الأُمّةِ الكِتابيّةِ.

(وَنَظَرَ الرَّجُلُ) الفَحْلُ حُرّاً كان أو عبداً، ولو مَجْبُوباً أو خَصِيّاً، والمُرَادُ به ما يَشْمَلُ المُرَاهِقَ، نَعَمْ يُفَارِقُ المُرَاهِقُ البَالِغَ في أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ الدُّخُولُ عَلَى النِّسَاءِ الأَجَانِبِ بلا استئْذَانٍ، إِلَّا في الأَوْقَاتِ الثَّلَاثَةِ فلا بدّ من استئْذَانِهِ أَيضاً.

(إِلَى) شَيْءٍ مِنَ (الْمَرْأَةِ) أَي: الأُنْثَى المُشْتَهَاةِ ولو أَمَةً (عَلَى سَبْعَةِ أَضْرِبٍ) أَي: أَنْوَاعٍ، وَمَعْنَى الحُرْمَةِ في حَقِّ المُرَاهِقِ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى وَلِيِّهِ تَمْكِينُهُ مِنْهُ، وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تَنْكُشِفَ لَهُ.

(أَحَدُهَا: نَظَرُهُ إِلَى) شَيْءٍ مِنَ (أَجْنَبِيَّةٍ^(١)) ولو مُبَانًا كَشَعْرٍ وَظْفَرٍ، حَتَّى قَالَ الْقَاضِي: دُمُ الْفُضْدِ وَالْحِجَامَةِ مِنَ الْمَرْأَةِ عَوْرَةً. لَكِنْ نَظَرَ فِيهِ بَعْضُهُمْ، وَلَعَلَّ وَجْهَهُ أَنَّهُ لَا يُلْتَمَذُ بِهِ عَادَةً، وَلَا هُوَ مَظْنَةُ الْفِتْنَةِ.

وَنَقَلَ الْعَبَادِيُّ فِي «طَبَقَاتِهِ» عَنْ عَبْدِ اللَّهِ الْمَرْزُوقِيِّ مِنْ قُدْسَاءِ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْحُرَّةَ إِذَا وَصَلَتْ شَعْرَهَا بِشَعْرِ حُرَّةٍ وَجَبَ سِتْرُهَا، أَوْ أُمَةٌ فَلَا، وَنَظَرَ فِيهِ بَعْضُهُمْ، وَلَعَلَّ وَجْهَهُ أَنَّ الْمَذْهَبَ حُرْمَةُ النَّظَرِ إِلَى الْأُمَةِ كَالْحُرَّةِ.

(لِغَيْرِ حَاجَةٍ) وَسِتَانِي؛ (فَقَبِيْرُ جَائِزٍ) وَلَوْ بِلا شَهْوَةٍ أَوْ مَعَ أَمْنِ الْفِتْنَةِ فِيمَا يَظْهَرُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمَنْظُورُ وَجْهَهَا وَكَفَيْهَا عَلَى مَا صَحَّحَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» وَ«الْمَنْهَاجِ»، لَكِنْ فِي «الرَّوْضَةِ» وَ«أَضْلَاهَا» عَنْ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ حُلُّ النَّظَرِ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفَيْهَا مَعَ كَرَاهَتِهِ، وَصَوْبِهِ الْإِسْنَوِيُّ، لَكِنْ^(٢) الْأَكْثَرِينَ عَلَيْهِ، وَاعْتَمَدَ الْبُلْقَيْنِيُّ الْأَوَّلَ، فَقَالَ: التَّرْجِيْحُ بِقُوَّةِ الْمَدْرِكِ، وَالْفَتْوَى عَلَى مَا فِي «الْمَنْهَاجِ».

(٢) فِي (هـ): «الْأَنْ».

(١) فِي (هـ): «الْأَجْنَبِيَّةُ».

وشَمِلَ الرَّجُلَ الْمَمْسُوحَ، لَكِنْ الْأَصَحُّ أَنَّ نَظَرَهُ إِلَى الْأَجْنِبِيَّةِ كَالنَّظَرِ إِلَى مَحَارِمِهِ وَسَيِّئَاتِهِ، وَقِيْدَهُ الزَّكَاةُ بِالْمُسْلِمِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمَةِ، إِذْ لَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ كَالْمَرْأَةِ الَّتِي لَا تَنْظُرُ مَعَ الْكُفْرِ إِلَى الْمُسْلِمَةِ وَغَيْرِهِ بِأَنْ يَكُونَ عَفِيفِينَ كَنَظِيرِهِ الْأَنِيِّ.

وَالْأَجْنِبِيَّةُ مَالِكَةٌ بَغْضِ الرَّجُلِ، سِوَاهُ كَانَ الْبَعْضُ الْآخَرُ حُرًّا أَوْ مَمْلُوكًا، وَكَذَا مَالِكَةٌ جَمِيعَةً؛ لِأَنَّهَا أَجْنِبِيَّةٌ مِنْهُ، وَلَا يُنَافِيهِ قَوْلُ «الرَّوْضَةِ» وَ«أَصْلِهَا» أَنَّهُ مُحَرَّمٌ لَهَا؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ أَنَّهُ فِي حُكْمِ الْمَحَرَّمِ فِي حُلِّ النَّظَرِ وَنَحْوِهَا؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ حَقِيقَةً، كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ تَفْسِيرُهُمُ الْمَحَرَّمُ، لَكِنْ الْأَصَحُّ فِيمَا لَوْ كَانَا عَفِيفِينَ أَنَّ نَظَرَهُ إِلَيْهَا كَنَظَرِهِ إِلَى مَحَرِمِهِ وَإِنْ كَانَ كَافِرًا وَهِيَ مُسْلِمَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ الْإِسْنَوِيُّ فِي «طَرَاذِهِ»، أَوْ مَكَاتِبًا عَلَى مَا اعْتَمَدَهُ جَمْعُ مِنْهُمْ شَيْخُ مَشَايخِنَا، وَنَقَلُوهُ عَنِ النَّصِّ، وَهُوَ نَظِيرُ جَوَازِ نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مُكَاتِبَتِهِ كَمَا يَأْتِي.

لَكِنْ فِي «الرَّوْضَةِ» عَنِ الْقَاضِي وَأَقْرَاهُ خَلَّاهُ، وَقِيْدَهُ الْقَاضِي بِأَنْ يَكُونَ مَعَهُ وَفَاءً، قَالَ الْعِرَاقِيُّ: وَمُقْتَضَى قَوْلِ «الرَّوْضَةِ» وَ«أَصْلِهَا» أَنَّهُ يَعْنِي عَبْدُ الْمَرْأَةِ مُحَرَّمٌ لَهَا جَوَازُ خُلُوتِهِ بِهَا، وَبِهِ صَرَّحَ صَاحِبُ «الْمُهَذَّبِ» وَ«الْبَيَانِ»، وَمَسَافَرَتُهُ بِهَا وَبِهِ صَرَّحَ الْمَرْعِشِيُّ فِي «تَرْتِيبِ الْأَقْسَامِ»، وَالْمَسُّ وَعَدَمُ النَّقْضِ، وَهُوَ مُرَدُّودٌ فِي هَذَيْنِ الْآخِرَيْنِ. انْتَهَى.

وَحَرَجَ الصَّغِيرُ غَيْرُ الْمُرَاهِقِ، فَإِنْ كَانَ مُمَيِّزًا فَنَظَرُهُ إِلَى الْأَجْنِبِيَّةِ كَنَظَرِهِ إِلَى مَحَارِمِهِ، أَوْ غَيْرِ مُمَيِّزٍ بَلَّا يَحْكِي مَا يَرَاهُ فَكَالْعَدَمِ وَيَجُوزُ التَّكْشُفُ لَهُ، وَالصَّغِيرَةُ غَيْرُ الْمُشْتَهَاةِ، فَيَجُوزُ النَّظَرُ بِلَا شَهْوَةٍ إِلَى مَا عَدَا فَرْجِهَا، وَقَطَعَ الْقَاضِي بِحُلِّهِ.

وَاسْتَنْتَى ابْنُ الْقُطَّانِ عَلَى الْأَوَّلِ الْأَمَّ زَمَنَ الرِّضَاعِ وَالتَّرْيِيبَةِ لِلضَّرُورَةِ،
بِخِلَافِ الصَّغِيرِ يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى فَرْجِهِ مَا لَمْ يُمَيِّزْ، كَمَا صَحَّحَهُ الْمُتَوَلَّى، وَجَزَمَ
بِهِ غَيْرُهُ، وَنَقَلَهُ الشُّبْكِيُّ عَنِ الْأَصْحَابِ.

وَجَمِيعُ مَا تَقَرَّرَ فِي الرَّجُلِ يَأْتِي مِثْلُهُ فِي الْمَرْأَةِ، فَيَحْرُمُ عَلَى الْكَبِيرَةِ وَلَوْ مَرَاهِقَةً
نَظْرَ شَيْءٍ مِنْ أَجْنَبِيٍّ وَلَوْ بِلَا شَهْوَةٍ وَمَعَ أَمْنِ الْفِتْنَةِ، وَنَظَرُهَا إِلَى الْمَمْسُوحِ أَوْ
عَبْدِهَا مَعَ عَفَّتِهَا كَنَظَرِهَا إِلَى مُحَارِمِهَا.

وَقَضِيَّةُ ذَلِكَ حَرَمَةُ نَظَرِهَا إِلَى الْمُشْتَرِكِ وَالْمُبْعَضِّ، وَسَيَأْتِي حُلُّ نَظَرِ السَّيِّدِ
إِلَى الْمُشْتَرَكَةِ وَالْمُبْعَضَّةِ مَا عَدَا مَا بَيْنَ سُرَّتَيْهِمَا وَرُكْبَتَيْهِمَا، وَقَضِيَّتُهُ حُلُّ نَظَرِهَا
إِلَيْهِ مَا عَدَا مَا بَيْنَ سُرَّتَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بَأَنَّ التَّمَتُّعَ لَمَّا كَانَ لِلسَّيِّدِ بِالْأَصَالَةِ
كَانَ لَهُ مِنَ النَّظَرِ مَا لَيْسَ لِلسَّيِّدَةِ، فَجَازَ لَهُ نَظَرُهَا، وَجَازَ لَهَا نَظَرُهُ تَبَعًا،
بِخِلَافِ السَّيِّدَةِ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

وَالْمُشْكِلُ يُحْتَاطُ فِي نَظَرِهِ وَالنَّظَرِ إِلَيْهِ، فَيُجْعَلُ مَعَ النِّسَاءِ رَجُلًا، وَمَعَ الرِّجَالِ
امْرَأَةً، كَمَا صَحَّحَهُ فِي «الرَّوْضَةِ» وَ«أُصْلِحَهَا».

(وَالضَّرْبُ) (الثَّانِي): نَظَرُهُ إِلَى زَوْجَتِهِ وَأَمَّتِهِ (حَيْثُ حَلَّ الِاسْتِمْتَاعُ بِهِمَا
(فَيَجُوزُ) وَلَوْ بِشَهْوَةٍ (أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا عَدَا الْفَرْجَ مِنْهُمَا) بِخِلَافِ الْفَرْجِ، وَهُوَ
حَلْفَةُ الدُّبْرِ فَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ كَمَا قَالَ الدَّارِمِيُّ، لَكِنْ قَوْلُ الْإِمَامِ: «وَالْتَلَدُّ
بِالدُّبْرِ بِلَا إِيْلَاجٍ جَائِزٌ» كَالصَّرِيحِ فِي الْجَوَازِ، وَهُوَ مُقْتَضَى إِطْلَاقِهِمْ.

نَعَمْ النَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ مُطْلَقًا وَلَوْ مِنْ نَفْسِهِ مَكْرُوهٌ بِلَا حَاجَةٍ إِلَى بَاطِنِهِ أَشَدَّ
كَرَاهَةً. قَالَ بَعْضُهُمْ: الْخِلَافُ فِي النَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ لَا يَجْرِي فِي مَسِّهِ لَانْتِفَاءِ
الْعِلَّةِ أَي: وَهِيَ كَوْنُهُ يُوْرِثُ الْعَمَى. هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحُوا بِهِ. انْتَهَى.

وهو شامل لمسه بذكره بدون إيلاج، وكما يجوز نظره إلى جميع بدنها حتى الفرج على ما تقرّر، يجوز نظرها إلى جميع بدنه كذلك، نعم بحث الزكشي أنّه لا يجوز للمرأة النظر إلى عورة زوجها إذا منعها منه، بخلاف العكس؛ لأنّه يملك الاستمتاع بها بخلافها هي، وفيه نظر، ويلزمه حرمة نظرها بشهوة إلى ما عدا عورته إذا منعها، وما أظنّ أحداً يقوله.

وخرج بحل الاستمتاع بهما: ما لو حرّم، كما لو اعتدت زوجته عن شبهة، أو كويت أمته، أو كانت وثنية، أو نحو ذلك، فيحرّم النظر إلى ما بين الشرة والركبة دون ما زاد عليهما كما يأتي ذلك بالنسبة للأمة، ولا أثر للتحرّم بعارضي قريب الزوال كحيض وإحرام.

(و) الضرب (الثالث: نظره إلى ذوات محارمه) بنسب أو رضاع أو مصاهرة^(١)، وذوات بمعنى صاحبات، فإضافتها من إضافة البيان، أو الأعم إلى الأخص، أو بمعنى أبدان فلا إشكال في الإضافة (أو أمته) التي يحرّم الاستمتاع بها كأتمته (المزووجة) والمعتدة عن غيره، والمكاتبة والمشرّكة كما في «الروضة» و«أصلها»، والمبغضة كما قاله المتولي والرويانئي.

(فيجوز) النظر إليه بلا شهوة (فيما عدا) ما (بين الشرة والركبة) ولا يجوز فيما بينهما، كما يجوز لها النظر إليه فيما عدا ما بينهما، ويمتنع فيما بينهما. وقال البلقيني: انصواب في المشتركة والمبغضة والمبغض بالنسبة إلى سيّده ثمّهم كالأجانب.

وكنظيره إلى ذوات محارمه أو أمته نظر الرجل إلى الرجل والمرأة إلى المرأة، فيجوز بلا شهوة فيما عدا ما بين الشرة والركبة.

(١) في (ح) «مصاهرات»

نَعَمْ، يَحْرُمُ نَظَرُ الْأَمْرِدِ الْجَمِيلِ الْوَجْهَ حَيْثُ لَا مَحْرِمِيَّةٌ وَلَا مَلَكٌ وَلَوْ بِلَا شَهْوَةٍ، وَلَا خَوْفُ فِتْنَةٍ كَمَا اعْتَمَدَهُ النَّوَوِيُّ وَنُوزِعَ فِيهِ، وَالْخَلْوَةُ بِهِ كَالنَّظَرِ إِلَيْهِ كَمَا فِي «الْمَجْمُوعِ»، وَفَرَّقَ بَيْنَ حُرْمَةِ النَّظَرِ إِلَيْهِ وَجَوَازِ النَّظَرِ إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ وَكَفَّيْهَا، كَمَا فِي «الرَّوْضَةِ» وَ«أَصْلِهَا» عَنِ الْأَكْثَرِينَ^(١) كَمَا تَقَدَّمَ بِأَنَّهُ لَهُ أَمَدًا يُنْتَظَرُ زَوَالُهُ بِخِلَافِهَا.

وَنَظَرُ الْكَافِرَةِ إِلَى الْمُسْلِمَةِ مَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً أَوْ مُحَرَّمًا لَهَا، لَكِنْ فِي «الرَّوْضَةِ» وَ«أَصْلِهَا» أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ نَنْظُرَ مِنْهَا مَا يَبْدُو عِنْدَ الْمَهْنَةِ، وَرَجَّحَ الْبُلْقَيْنِيُّ وَغَيْرُهُ خِلَافَهُ، وَاسْتَظْهَرَ شَيْخُ مَسَايِخُنَا، وَأَيْدَهُ بِمَا فِي «فَتَاوِي» النَّوَوِيِّ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الْمُسْلِمَةِ كَشْفُ وَجْهَيْهَا لَهَا، وَقَضِيَّةٌ كَلَامِهِمْ جَوَازُ نَظَرِ الْمُسْلِمَةِ لِلْكَافِرَةِ. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَفِيهِ تَوْقُفٌ.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: وَالْفَاسِقَةُ مَعَ الْعَفِيفَةِ كَالْكَافِرَةِ مَعَ الْمُسْلِمَةِ. وَنَازَعَهُ الْبُلْقَيْنِيُّ، وَقَالَ فِي «الْخَادِمِ»: سَكَّتُوا عَنِ الْمُرْتَدَّةِ، وَالْمُتَّجَةِ تَحْرِيمُ تَمْكِينِهَا مِنْ النَّظَرِ؛ لِأَنَّهَا أَسْوَأُ حَالًا مِنَ الذَّمِّيَّةِ وَالْفَاسِقَةِ.

(و) الضَّرْبُ (الرَّابِعُ: النَّظَرُ لِأَجْلِ) إِرَادَةِ (النِّكَاحِ، فَيَجُوزُ) وَلَوْ مَعَ شَهْوَةٍ وَخَوْفِ فِتْنَةٍ وَعَدَمِ إِذْنِ مِنْهَا أَوْ مِنْ وَلِيِّهَا (إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ) خَاصَّةً، وَهَذَا فِي الْحَرَّةِ، أَمَّا مَنْ فِيهَا رَقٌّ فَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ سُرَّتَيْهَا وَرُكْبَتَيْهَا، كَمَا قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ: إِنَّهُ مَفْهُومٌ كَلَامِهِمْ.

وَيَجُوزُ لِكُلِّ مِنْهُمَا أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ سُرَّتَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ، وَيَجُوزُ تَكَرُّرُ النَّظَرِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى ثَلَاثِ مَرَّاتٍ^(٢)، كَمَا هُوَ قَضِيَّةٌ إِطْلَاقِيَّةٌ،

(١) فِي (ج): «الْأَكْثَرُ».

(٢) فِي (ج): «مَرَّاتٍ».

وهو الْمُتَّجِهُ وإن قال الرَّزْكَسِيُّ: يَحْتَمَلُ تَقْدِيرُهُ بِشَلَاثٍ، وَاحْتَجُّوا عَلَى ذَلِكَ بِمَا صَحَّ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ لِلْمُغِيرَةِ وَقَدْ خَطَبَ امْرَأَةً: «انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَكُمَا»^(١) أَي: تُوَدَّمَ الْمَوَدَّةُ وَالْأَلْفَةُ، وَمِنْ قَوْلِهِ: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ امْرَأَةً، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا لِلْخِطْبَةِ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَعْلَمُ»^(٢).

وَالْمُرَادُ بِ«خَطَبَ» فِي الْخَبَرَيْنِ: أَرَادَ خِطْبَتَهَا، بِدَلِيلِ مَا رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَابْنُ حَبَّانَ فِي «صَحِيحِهِ»: «إِذَا الْفَقِي فِي قَلْبِ امْرَأَةٍ خِطْبَةً امْرَأَةً، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا»^(٣) وَيُؤَيِّدُهُ الْمَعْنَى، فَإِنَّهُ لَوْ تَأَخَّرَ النَّظَرُ عَنِ الْخِطْبَةِ رَبَّمَا أَعْرَضَ عَنْ مَنْظُورِهِ فَيُؤْذِيهِ.

وخرَجَ بِقَوْلِهِ: «لِأَجْلِ النِّكَاحِ» النَّظَرُ إِلَيْهِ قَبْلَ إِرَادَتِهِ وَالرَّغْبَةِ فِيهِ، فَلَا يَجُوزُ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

وافتصَّاهُ عَلَى الْجَوَازِ لَا يُنَافِي مَا قَرَّرُوهُ مِنَ الْاسْتِحْبَابِ^(٤) مِنَ الْجَانِبَيْنِ، لَكِنْ قَيَّدَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ الْاسْتِحْبَابَ بِمَنْ يَرْجُو رَجَاءً ظَاهِرًا أَنَّهُ يُجَابُ إِلَى خِطْبَتِهِ دُونَ غَيْرِهِ. قَالَ: فَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يُجَابُ لَمْ يَنْظُرْ، وَإِنْ اسْتَوَتْ الْإِجَابَةُ وَعَدَمُهَا ففِيهِ احْتِمَالٌ، إِذِ النَّظَرُ لَا يَحِلُّ إِلَّا عِنْدَ غَلْبَةِ الظَّنِّ الْمُجَوِّزِ. انْتَهَى، وَالْأَوْجَهُ الْجَوَازُ عِنْدَ الْإِسْتِوَاءِ.

وَيُسَنُّ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْخِطْبَةِ، فَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهَا فَهُوَ خِلَافُ السُّنَّةِ، كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَإِنْ حَكَى بَعْضُهُمْ احْتِمَالًا بِالْحُرْمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَتَيَسَّرْ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا بَعَثَ إِلَيْهَا مَنْ يَنْظُرُ إِلَيْهَا مِنْ مُحَرِّمِهِ أَوْ نَحْوِهِ كَمَمْسُوحٍ وَصِفُّهَا لَهُ، وَلَوْ بَعَثَ إِلَيْهَا

(١) رواه الترمذي (١٠٨٧) وقال: حسن. (٢) رواه أحمد (٢٣٦٠٢).

(٣) رواه ابن ماجه (١٨٦٤)، وأحمد (١٧٩٧٦)، وابن حبان (٤٠٤٢) من حديث محمد بن مسلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) في (ج). «استحبابه».

مع تيسّر النظرِ جازاً، كما هو ظاهرٌ، والظاهرُ أنّه لا يجوزُ له نظرُ ابنها الأمرِ وإن لم يتيسّرَ نظره هو ولا البعثُ إليها خلافاً لبعضهم.

(و) الضَّرْبُ (الخَامِسُ: النَّظَرُ لِلْمُدَاوَاةِ) بِنَحْوِ حَجْمٍ وَفَضْدٍ وَوَضْعٍ لَصَوْقٍ عَلَى جُرْحٍ (فَيَجُوزُ) بِلَا شَهْوَةٍ (إِلَى الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَخْتِاجُ) فِي الْمُدَاوَاةِ (إِلَيْهَا) أَي: إِلَى نَظَرِهَا بِشَرْطِ حُضُورِ مُحَرِّمٍ أَوْ زَوْجٍ.

قال البُلْقِينِيُّ: والمُرَادُ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ مَنْ يَمْنَعُ حُصُولَ الْخُلُوةِ كما هو مذكورٌ في العددِ.

وفقدُ امرأةٍ تدَاوِيها، وفقدُ مسلمٍ ومسلمةٍ يداوِيانِ في مسلمةٍ والمدَاوِي كَافِرٌ، فلا يجوزُ نظرُ الرَّجُلِ لِلْمُدَاوَاةِ مع وجودِ امرأةٍ تُدَاوِي، ولا نظرُ الذَّمِّيِّ أَوْ الذَّمِّيَّةِ لِمُدَاوَاةٍ مُسْلِمَةٍ مع وجودِ مسلمٍ أَوْ مسلمةٍ يداوِيانِ، ولا نظرُ الذَّمِّيِّ لِمُدَاوَاةٍ مُسْلِمَةٍ مع وجودِ ذَمِّيَّةٍ على ما بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ، بل يجبُ تقديمها على المسلمِ أيضاً.

ويجوزُ لِلْمَرَأَةِ أَيْضاً النَّظَرُ إِلَى الرَّجُلِ لِمُدَاوَاتِهِ بِشَرْطِ حُضُورِ مَنْ يَمْنَعُ حُصُولَ الْخُلُوةِ، وفقدُ رجلٍ يداوِي وفقدُ مسلمٍ ومسلمةٍ يداوِيانِ في مداوَاةِ الذَّمِّيِّ أَوْ الذَّمِّيَّةِ لِلْمُسْلِمِ.

وينبغي أن يكونَ في معنى فقدِ المُسْلِمِ ما لو كان الكافرُ أعَرَفَ أَوْ أيسَرَ أَجْرَةً، أَوْ أَطْوَعَ بِحَيْثُ يَشُقُّ الصَّبْرُ عَلَى تَمْنَعِ المُسْلِمِ عَادَةً.

ويُشْتَرَطُ فِي النَّظَرِ لِمُدَاوَاةِ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ مَطْلُقُ الْحَاجَةِ، وَلِمُدَاوَاةِ غَيْرِهِمَا مَا سِوَى الْقَبْلِ وَالذُّبْرِ تَأَكُّدُ الْحَاجَةِ بِحَيْثُ يَبَاحُ التَّيَمُّمُ كما نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ عَنِ الْإِمَامِ وَأَقْرَاهُ. وَقَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَا يَكْفِي الشَّيْنُ فِي عَضْوٍ بَاطِنٍ. قال الزَّرْكَشِيُّ: وفيه نظرٌ.

ولمداواة القبل أو الدبر مزيد تأكيد الحاجة بالألّا يُعدّ الكشف هتكاً للمروءة. قال في «الأنوار»: وشرط الناظر العدالة إلّا إذا فقد هناك، وأن يستر من العضو ما لا يحتاج إلى كشفه. انتهى. وينبغي ألاّ يجب ستر الزائد لذاته، بل يقوم مقامه تيسر غض البصر عنه.

(و) الضرب (السادس): النظر للشهادة تحملاً أو أداءً (أو للمعاملة) بيع أو غيره (فيجوز إلى الوجه خاصة) ولو إلى جميعه على ما نقله الروايات عن جمهور الأصحاب، وقال المأوردي: إن أمكن معرفتها بالنظر إلى بغضه وجب الاقتصار عليه وتكلف كشف وجهها عند الشهادة، فإن امتنعت وتيسرت امرأة أو نحوها أمرت بكشفه، فإن لم يتيسر لم يعد أمر الشاهد بكشفه وإن خاف الشاهد الفتنة، فإن لم يتعين لم ينظر ولّا نظر وتحرز.

ويلحق بالنظر للشهادة عليها نظر الحاكم لتحليفها، قاله الجرجاني، ومثله كما هو ظاهر نظره لسماع شهادتها حيث احتاج إليه.

قال الأذري: والظاهر أنّ الشهادة والحكم لها كالشهادة والحكم عليها.

(و) الضرب (السابع): النظر إلى الأمة عند إرادة انبئاعها، فيجوز أي بلا شهوة ولا خوف فتنة ولا خلوة فيما يظهر (إلى المواضع التي يحتاج في معرفتها إلى تقليبها) أي: رؤيتها والاطلاع عليها، وهي ما عدا العورة.

وحيث حرّم النظر في هذه المسائل حرّم المسّ، وحيث جاز النظر فقد يخرم المسّ كمسّ وجه الأجنبية وكفّنها بناءً على جواز نظريهما كما تقدّم، وكمسّ وجه من أراد نكاحها وكفّنها، وكمسّ بطن أمة ونحوها أو ظهرها أو غمز ساقها أو رجلها، أو تقبيل وجهها كما حكاه الرافعي عن القفال بلا حاجة

أو شَفَقَةٍ، وَكَمَسَ مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ مِنْ سَيِّدَتِهِ، وَكَذَا مِنْ أُمَةٍ أَرَادَ ابْتِيَاعَهَا كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

وَهَلْ يَحْرُمُ مِنْ^(١) أُمَّتِهِ الْمُحَرَّمَةُ عَلَيْهِ بِنَحْوِ تَزْوِيجٍ؟ فِيهِ نَظَرٌ.

وَكَمَسَ الْوَجْهَ مِنَ الْمَرْأَةِ الَّتِي أَرَادَ مَعَامَلَتَهَا، أَوْ تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ عَلَيْهَا أَوْ أَدَاءَهَا، وَقَدْ يَجُوزُ كَمَسُ بَطْنِ أُمَةٍ وَنَحْوِهَا أَوْ ظَهْرِهَا أَوْ غَمَزَ سَاقَهَا أَوْ رَجْلَهَا وَتَقْبِيلُهَا لِحَاجَةٍ أَوْ شَفَقَةٍ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ مَا فِي «شَرْحِ مُسْلِمٍ»^(٢) مِنْ أَنَّهُ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ مَسُّ الْمَحَارِمِ فِي الرَّأْسِ وَغَيْرِهِ مِمَّا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ، وَكَمَسَ مَوَاضِعَ الْمُدَاوَاةِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا فِيهَا.

خَاتِمَةٌ: يَحْرُمُ اضْطِجَاعُ رَجُلَيْنِ أَوْ امْرَأَتَيْنِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ إِذَا كَانَا عَارِيَيْنِ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ مَنِهْمَا فِي جَانِبِ الْفِرَاشِ، وَكَذَا اضْطِجَاعُ ابْنِ عَشْرِ سَنِينَ وَأَبُوئِهِ أَوْ إِخْوَتِهِ أَوْ أَخَوَاتِهِ كَذَلِكَ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِوُجُوبِ التَّفْرِيقِ الَّذِي عَبَّرُوا بِهِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

نَعَمْ نَازَعُ الشُّبْكِيُّ وَغَيْرُهُ فِي ذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ لِأَبَائِهِ وَأُمَّهَاتِهِ، وَالزُّرْكَشِيُّ وَغَيْرُهُ فِي اعْتِبَارِ الْعَشْرَةِ، وَقَالُوا: بَلِ الْمُرَادُ السَّبْعُ وَاحْتَجُّوا عَلَى ذَلِكَ.



(١) فِي (هـ): «س».

(٢) «شَرْحِ مُسْلِمٍ» (١٣/٥٨).

(فَصْلٌ)

فِي أَرْكَانِ النِّكَاحِ وَحُرْمَاتِهِ وَغَيْرِهِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ

(وَلَا يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ إِلَّا بِوَلِيِّ) يُوَجِّهُ بِنَفْسِهِ أَوْ نَائِبِهِ (و) حُضُورِ (شَاهِدَيْنِ عَدْلٍ) أَيِ: شَاهِدَيْنِ مُتَّصِفَيْنِ بِالْعَدَالَةِ، وَقَيَّدَهُمَا بِهَا دُونَ الْوَلِيِّ مَعَ اعْتِبَارِهَا فِيهِ كَمَا يَأْتِي؛ لِمَا صَحَّ مِنْ خَبَرٍ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ»^(١) مُرْشِدٍ^(٢) أَيِ: عَدْلٍ، كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ تَبَرُّكًا بِلَفْظِ خَبَرِ ابْنِ حَبَّانَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»^(٣)، وَمَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ^(٤)، فَلَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا وَلَوْ بِإِذْنِ وَلِيِّهَا، وَرَوَى ابْنُ مَاجَةَ خَبَرَ: «لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلَا الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا»^(٥)، وَأَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ بِإِسْنَادٍ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ.

فَلَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا وَلَمْ يَحْكَمْ بِهِ قَاضٍ يَرَاهُ وَوِطْنُهَا الزَّوْجُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ وَإِنْ اعْتَقَدَ التَّحْرِيمَ لِلشُّبْهَةِ، نَعَمْ يُعَزَّرُ مَعْتَقَدُهُ.

وَلَوْ لَمْ يَطَأْ فَرَزَّوَجَهَا الْوَلِيُّ قَبْلَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا صَحَّ، وَلَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا جَازَ لَهُ تَزْوُجُهَا بِمَا مَحَلَّلٌ؛ لِأَنَّ وَقْعَ الطَّلَاقِ فَرَعٌ صَحَّةِ النِّكَاحِ، وَلَا يُنَافِي هَذَا مَا سَبَّأَتِ عَنِ الْخَوَارِزْمِيِّ كَمَا لَا يَخْفَى، نَعَمْ لَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا فِي زَمَنِ الْكُفْرِ ثُمَّ أَسْلَمَتْ هِيَ وَزَوْجُهَا أُقِرَّ نِكَاحُهُمَا.

(١) فِي (ج): «مِنْ وَلِيِّ».

(٢) رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ (ص ٢٢٠)، وَابْنُ الْمُنْذِرِ فِي «الْأَوْسَطِ» (٨ / ٢٦٤) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٣) «صَحِيحُ ابْنِ حَبَّانَ» (٤٠٧٥).

(٤) فِي (هـ): «بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ».

(٥) رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ (١٨٨٢)، وَالدَّارَقُطْنِيُّ (٣٥٣٥) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي «بُلُوغِ الْمَرَامِ» (٩٨٦): رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ وَالدَّارَقُطْنِيُّ، وَرَحَالَهُ ثَقَاتٌ.

(وَيَنْتَقِزُ الْوَلِيُّ وَالشَّاهِدَانِ) أي: كُلُّ مِنْهُم فِي انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِهِ (إِلَى سِتَّةِ شَرَائِطَ):

(١) (الإِسْلَامُ) فلا يَنْعَقِدُ بِكَافِرٍ مِنْ وَلِيِّ أَوْ شَاهِدٍ، وَسَيَأْتِي اسْتِثْنَاءُ نِكَاحِ الذَّمِّيَّةِ.

(٢) (وَالْبُلُوغُ) فلا يَنْعَقِدُ بِصَبِيٍّ.

(٣) (وَالْعَقْلُ) فلا يَنْعَقِدُ بِمَجْنُونٍ، لَكِنْ لَوْ تَقَطَّعَ جَنُونُ الْوَلِيِّ فَهَلْ تُنْتَظَرُ

إِفَاقَتُهُ كَالْإِغْمَاءِ، أَوْ يُزَوَّجُ الْأَبْعَدُ فِي زَمَنِ جَنُونِهِ دُونَ إِفَاقَتِهِ؟

صَحَّحَ فِي «أَصْلِ الرُّوضَةِ» الْأَوَّلَ، وَفِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ» الثَّانِي، وَلَوْ قُصِرَتْ نُبُوَّةُ الْإِفَاقَةِ جَدًّا فَهِيَ كَالْعَدَمِ كَمَا قَالَ الْإِمَامُ، وَقِيَاسُهُ أَنَّهُ لَوْ قُصِرَ زَمَنُ الْجَنُونِ جَدًّا فَهُوَ كَالْعَدَمِ، فَتُنْتَظَرُ إِفَاقَتُهُ، وَلَوْ أَفَاقَ الْمَجْنُونُ وَبَقِيَتْ أَسَارُ خَبَلٍ تَحْمِلُ مِثْلَهَا مِمَّنْ لَا يَعْتَرِيهِ الْجَنُونُ عَلَى حِدَّةٍ فِي الْخُلُقِ، فَفِي عَوْدِ وَلَايَتِهِ وَجْهَانٍ. قَالَ فِي «الرُّوضَةِ»: لَعَلَّ الْأَصَحَّ اسْتِدَامَةُ حُكْمِ الْجَنُونِ إِلَى أَنْ يَصْفَوْ مِنَ الْخَبَلِ^(١).

(٤) (وَالْحُرِّيَّةُ) فلا يَنْعَقِدُ بِمَنْ فِيهِ رِقٌّ.

(٥) (وَالذُّكُورَةُ) فلا يَنْعَقِدُ بِأُنْثَى، نَعَمْ قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: لَوْ ابْتُلِيَ النَّاسُ

بِوَلَايَةِ امْرَأَةٍ نَفَذْنَا مِنْ أَحْكَامِهَا مَا يَنْفَعُ مِنْ أَحْكَامِ الذَّكَرِ، وَقَضِيَّتُهُ: نَفُوذُ تَرْوِيحِهَا لَعَنَ لَا وَلِيَّ لَهُ.

وَلَوْ زَوَّجَتْ امْرَأَةٌ امْرَأَةً فِي دَارِ الْكُفْرِ قَرَرْنَا نِكَاحَهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، بِنَاءً عَلَى صَحَّةِ أَنْكَحَتْهُمْ، وَمِثْلُهَا الْخُثَى، نَعَمْ لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ مِثْلًا فَبَانَ ذَكَرًا صَحَّ، ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُسْلِمِ، وَكَذَا لَوْ شَهِدَ عَلَى الْعَقْدِ ثُمَّ بَانَ ذَكَرًا، بِخِلَافِ نَظِيرِ ذَلِكَ فِي الزَّوْجَيْنِ عَلَى مَا جَزَمَ بِهِ الرُّوْيَانِيُّ، خِلَافًا لِمَا صَوَّبَهُ الْإِسْنَوِيُّ.

(١) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٧/٦٣).

(٦) (وَالْعَدَالَةُ) وسيأتي بيانها في كتاب الأفضية والشهادات، فلا ينعقد بفاسق ولو بغير شُرْبِ الخمر وإن أسر فسقه، نعم الإمام الأعظم إذا لم ينعزل بالفسق - وهو الصحيح - يزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة تفخيماً لشأنه، وقيل: لا كغيره، فيزوجهن من دونه من حكامه.

ومن العلة يؤخذ أنه لا يزوج بناته أو بنات غيره إلا إذا لم يكن لهن ولي خاص، وأفتى الغزالي بأن الولي إذا كان لو سلب الولاية انتقلت إلى حاكم فاسق ولي، وإلا فلا، واستحسنه في «الروضة» وقال: ينبغي أن يكون العمل به^(١)، واختاره ابن الصلاح في «فتاويه».

ولا تعتبر العدالة الباطنة، بل تكفي الظاهرة، وهي المعروفة بالمخالطة دون التركيبة عند الحاكم في كل من الولي والشاهدين؛ لأن النكاح يجري بين أوساط الناس والعوام، فلو اعتبرت فيه العدالة الباطنة لاحتاجوا إلى معرفتها ليخضروا من هو متصف بها، فيطول الأمر عليهم ويشق.

نعم الانعقاد بالعدالة الظاهرة إنما هو في الظاهر كما ذكره الشبكي وغيره. قال ابن الصلاح: محل الخلاف في الانعقاد بالظاهرة ما إذا كان العاقد غير الحاكم، فإن كان هو الحاكم لم ينعقد جزمًا؛ لأنه لا يشق عليه البحث. قال العراقي: وهي طريقة في «التتمة» وصحح إجزاء الخلاف فيه. انتهى.

وهذا بخلاف الإسلام والحرية، حيث لا ينعقد النكاح بظاهريهما بالدار حتى يُعرف حاله فيهما باطنًا، كما لا ينعقد بمستورهما، وهو من لا يُعرف إسلامه وحرّيته بأن يكون بموضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالأرقاء ولا غالب؛ لسهولة الوقوف على الإسلام والحرية.

ولا بمستور^(١) الصِّبَا بأنْ شُكَّ في بلوغه، ويُحتمَلُ أنْ تكونَ بَقِيَّةُ الشُّرُوطِ كذلكَ، فلو عَقِدَ بَشْيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ثُمَّ بَانَ كَامِلًا صَحَّ، كما لو بَانَ الْخُشْيُ ذَكَرًا كما تَقَدَّمَ، وتَبَطَّلَ الْعِدَالَةُ الظَّاهِرَةُ بِتَفْسِيْقِ عَدْلٍ فِي الرِّوَايَةِ عَلَى مَا قَالَهُ الْإِمَامُ، فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ بِهِ.

لكن خالفه مُجَلِّي فقال: الْأَشْبَهُ الصَّحَّةُ؛ لِأَنَّ الْحَرْحَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ قَبُولُ ظَاهِرِ الْعِدَالَةِ فِي إِثْبَاتِ النِّكَاحِ أَوْ فُسَادِهِ، بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَتَوَقَّفَ حَتَّى يَعْلَمَ بَاطِنَهُمَا، فَلَوْ تَرَاغَعَ إِلَيْهِ زَوْجَانِ فِي نَفَقَةٍ أَوْ نَحْوِهَا مِنْ حَقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ وَقَدْ أَقْرَأَا بِالْعَقْدِ^(٢) بظَاهِرِي الْعِدَالَةِ حَكَمَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ هُنَا تَابِعٌ لَصِحَّةِ النِّكَاحِ، فَلَوْ عَلِمَ فُسْقُهُمَا لَمْ يَحْكَمْ بَيْنَهُمَا، وَقَضِيَّةُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَفْرُقُ بَيْنَهُمَا، لَكِنِ الظَّاهِرُ كَمَا قَالَهُ جَمَاعَةٌ أَنَّهُ لَا يَفْرُقُ وَإِنْ لَمْ يَتَرَاغَعَا إِلَيْهِ.

وَلَوْ تَابَ الْوَلِيُّ الْفَاسِقُ، قَالَ الْبَغَوِيُّ: زَوَّجَ فِي الْحَالِ، وَذَكَرَ الْمُتَوَلَّى نَحْوَهُ فِي الْفَصْلِ، وَقَالَ الشَّيْخَانِ: الْقِيَاسُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الشَّهَادَاتِ اعْتِبَارُ الْإِسْتِبْرَاءِ^(٣).

وَلَوْ بَانَ فَسْقُ الشَّاهِدَيْنِ عِنْدَ الْعَقْدِ بَيِّنَةٌ أَوْ بِإِقْرَارِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ بِعِلْمِ الْحَاكِمِ^(٤) تَبَيَّنَ فُسَادُهُ، فَلَا مَهْرَ لَهَا مَا لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا، وَلَمْ يَقْضَ عَلَيْهَا بِالزَّنا بَوَاطِنُهُ لَهَا، فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ.

نَعَمْ لَوْ أَقْرَأَ الزَّوْجَانِ عِنْدَ الْحَاكِمِ بِأَنَّ الْعَقْدَ جَرَى بِعَدْلَيْنِ فَحَكَمَ بِصِحَّتِهِ ثُمَّ أَقْرَأَا أَنَّهُ جَرَى بِفَاسِقَيْنِ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى إِقْرَارِهِمَا لِلتَّنَافِي كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرَدِيُّ، قَالَ بَعْضُهُمْ: وَهُوَ ظَاهِرٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى حَقِّهِمَا لَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى تَقْرِيرِ النِّكَاحِ.

(٢) فِي (ج). «بِالْعُقُودِ».

(١) فِي (ج). «بِمُسْتَوْرٍ».

(٤) فِي (هـ). «الْقَاضِي».

(٣) «رُوضَةُ الطَّالِبِينَ» ٦٤ / ٧.

قال الخوارزمي: ومحلُّ البطلان بإقرارهما بالنسبة إلى حقهما، أمّا بالنسبة إلى حق الله تعالى، كما لو طلقها ثلاثاً ثم توافقا على فساد العقد بذلك، لم يجز أن يعقدا نكاحاً بلا محلل للثمة، ولكونه حق الله تعالى، فلا يسقط بقوليهما. قال: ولو أقاما بينة على ذلك لم تُسمع، وبذلك أفتى القاضي.

قال الأذريعي: وهذا في الظاهر، أمّا في الباطن فالنظر إلى ما في نفس الأمر. قال: السبكي وما قاله الخوارزمي من عدم سماع بينتهما صحيح إذا أرادا نكاحاً جديداً كما فرضه، فلو أرادا التخلّص من المهر أو أرادت بعد الدخول مهر المثل، أي: وكان أكثر من المسمى كما هو ظاهر، أو كانت مفوضة فينبغي قبولها. انتهى.

ينبغي بالنسبة لذلك فقط، لا لإباحتها بلا محلل أيضاً فيما يظهر، أمّا لو قامت بينة حسبة على ذلك سمعت، ذكره البغوي في «التعليق» ومشى عليه في «الأنوار».

ومحل ما ذكر في الزوجة الرشيدة، أمّا السفينة فلا يقبل إقرارها في إبطال ما ثبت لها من المال، كما بحثه ابن الرفعة.

قال الأذريعي: وينبغي فيما إذا كان بعد الدخول ومهر المثل دون المسمى أنها لا تبطل الزيادة بقولها، وينبغي ألا يبطل حق السيد بموافقة الأمة. انتهى. ولو أقر الزوج بالفسق وأنكرت الزوجة فرق بينهما، وعليه نصف المسمى إن لم يدخل بها، وكله إن دخل بها، وهي فرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق لو نكحها، كما لو أقر بالرضاع.

وإذا حَلَقَتْ أَنَّ الْعَقْدَ حَرَى بَعْدَ لَيْتِنِ وَرِثَتِهِ، وَتَرَدَّدَ الْأَذْرَعِيُّ فِي أَنَّهَا هَلْ تَرْوُجُ مَا دَامَتْ مُصَرَّةٌ عَلَى الْإِنْكَارِ، وَإِنْ أَقَرَّتِ الزَّوْجَةُ وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ فَلَا صَحُّ قَبُولِ قَوْلِهِ عَلَيْهَا، فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ دُخُولِ فَلَا مَهْرَ لْإِنْكَارِهَا، نَعَمْ إِنْ كَانَتْ قَدْ قَبَضَتْهُ لَمْ يُسْتَرَدَّ عَلَى مَا قَالَهُ الْإِسْنَوِيُّ وَخَالَفَهُ غَيْرُهُ، وَلَوْ مَاتَ لَمْ تَرِثْهُ، أَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ، فَلَوْ نَكَلَ وَحَلَقَتْ فُرُقَ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ أَقَرَّ الشَّاهِدَانِ بِفَسْقِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ فَلَا أَثَرُ لِقَوْلِهِمَا.

نَعَمْ لَوْ كَانَا يَرِثَانِ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا وَمَاتَتْ لَمْ يَسْتَحِقَّا شَيْئًا مِنَ الْمَهْرِ قَبْلَ الْوَطْءِ وَلَا مِنَ الْمُسَمَّى بَعْدَهُ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ جَمَاعَةٌ، وَكَتَبْنِي الشَّاهِدَيْنِ عِنْدَ الْعَقْدِ تَبَيَّنُ كُفْرُهُمَا أَوْ رَقَّتُهُمَا أَوْ أَنْوَيْتُهُمَا عِنْدَهُ، وَكَذَا يُقَالُ فِي تَبَيَّنِ سَالِبِ الْوِلَايَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ أَوْ وَقُوعِهِ فِي عَدْوٍ أَوْ إِحْرَامٍ أَوْ نُحْوٍ ذَلِكَ، وَلَوْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ نَكَحَهَا بِغَيْرِ وَلِيِّ وَشُهُودٍ صُدِّقَتْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنْكَارٌ لِأَصْلِ الْعَقْدِ، نَقَلَهُ ابْنُ الرُّفْعَةِ عَنِ «الذَّخَائِرِ» وَالزَّرْكَشِيِّ عَنِ «الْأَمِّ».

وَيَفْتَقِرُ الشَّاهِدُ أَيْضًا إِلَى السَّمْعِ وَالْبَصَرِ، وَالنُّطْقِ وَالتَّيَقُّظِ، وَالتَّحَرُّزِ عَنِ الْحَرْفِ الدَّنِيَّةِ، وَمَعْرِفَةِ لِسَانِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَعَدَمِ التَّعَيُّنِ لِلْوِلَايَةِ، فَلَا يَنْعَقِدُ مَعَ صَمٍّ أَوْ عُمَى أَوْ خَرَسٍ، أَوْ تَغْفُلٍ يَمْنَعُ الضَّبْطَ، أَوْ حِرْفَةٍ دَنِيَّةٍ، أَوْ عَدَمِ مَعْرِفَةِ لِسَانِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، فَلَوْ كَانَا يَضْبِطَانِ اللَّفْظَ فِيهِ وَجِهَانِ؛ لِأَنَّهُمَا يَنْقَلَانِ إِلَى الْحَاكِمِ.

وَلَوْ وَكَّلَ الْأَبُ أَوْ الْأَخُ الْمُنْفَرِدُ^(١) فِي النِّكَاحِ وَشَهِدَ مَعَ آخَرَ لَمْ يَصَحَّ، بِخِلَافِ مَا لَوْ شَهِدَا اثْنَانِ مِنْ ثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ وَعَقَدَ الثَّلَاثُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَوكَالَةً مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا.

(١) فِي (ج) «الْمَعْقُود».

قال ابنُ العِمام^(١): «وَمِنْ شَرْطِ شَاهِدِي النِّكَاحِ أَنْ يَكُونَا إِنْسَيْنِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾»^(٢)، ولأنَّه قد لا يجدُ الجَنِينِ عِنْدَ رَدِّ^(٣) الشهادة. انتهى.

ولا يفتقران إلى كونهما غير ابني أو عدوي الزوجين، بل يجوز كونهما ابني أو عدوي الزوجين أو أحدهما، وابن أحدهما وعدو الآخر، والجَدُّ إذا لم يكن وليًّا كالابن وكذا الأب كما لو كانت بنته كافرة أو رقيقة أو ابنته سفيها، وأذن له في النكاح.

ويجوز كون الولي أعمى وذافر ديني، وأفتى العراقيُّ بأنه لا يجوز تولية عقود النكاح لأعمى. قال: لأنَّ ذلك من وظائف القضاة، وهي للبصراء ثم أبدى احتمالا بالجواز لعدم المنافاة بين عقد النكاح والعمى.

وافتقار الولي والشاهدين إلى ما تقرَّر ثابت في كلِّ نكاح (إلاَّ أنَّه لا يفتقر نكاح الذميمة إلى إسلام الولي) بل ينعقد مع عدم إسلام الولي إذا لم يرتكب مفسدا في دينه، بخلاف ما إذا ارتكبه كما في المسلم الفاسق، بل لا ينعقد بغير الولي الكافر لها أو لسيدها مع وجوده وعدم عضله، وإن كان الزوج مسلما وإن أوهم تعبيره بلا يفتقر خلافة، فإن فُقد أو عَصَلَ زوجها القاضي ولا يزوج قاضيهما والزوج مسلم، بخلاف الزوج الكافر؛ لأنَّ نكاح الكفار صحيح، وإن صدر من قاضيهما فعلم أنَّه لا يزوج مسلم كافرة إلاَّ القاضي بشرطه كما تقرَّر.

نعم لا ولاية لقاضيهما على الحربية والمستأمنة؛ لخروجهما عن قبضتنا، وإلاَّ السيد أو وليه على ما يأتي بيانه، وكأنَّه إنما عبر بما ذكرَ رمزا إلى ما ذكرَ

(٢) الطلاق: ٢.

(١) في (ج): «الرعة».

(٣) في (هـ) رد.

من التفصيل، وقضية إطلاقه أنه يلي اليهودي النصرانية وعكسه، وهو ما جرم به الماوردني وغيره.

قال في «الكفاية»: وبه قطع أصحابنا واقتضى ترجيحه كلام الرافعي كالمثولي.

وهل يلي الذمّي الحرّبة وعكسه؟ قال البلقيني: لم أقف على نقل في ذلك، وقياس ما ذكروه في الإزث المنع. قال: وذو العهد كالذمّي. انتهى. والمثرد لا يلي مرتدة ولا غيرها.

(و) إلا أنه (لا) يفتقر نكاح (الامة إلى عدالة السيّد) ولا إلى حرّيته بناء على الأصحّ من أن السيّد يزوّج بالملك لا بالولاية، فيزوّج أمته كلّ من الفاسق والمكاتب بإذن سيّده أي كتابة صحيحة كما قاله بعضهم.

وكذا المبعّض بأن ملكها ببعضه الحرّ، وقول البغوي: لا يزوّج أصلاً؛ لأن تزويجها بلا إذن لا يجوز، وباب التزويج منسّد عليه لرقه، ولو جاز التزويج بإذنه لكونها لبعضه جاز أن يزوّج، فرعه البلقيني وغيره على أنه يزوّج بالولاية لا بالملك.

وأفهم كلامه أن الذي يزوّج الأمة هو السيّد^(١) وهو كذلك، وإن كان مسلماً وهي كتابيّة وكذا إن كانت غير كتابيّة في أحد وجهين صحّحه الشيخ أبو علي، وجرّم به شرّاح «الحاوي»، وهو ظاهر نصّ الشافعي؛ لأنّ له بيعها وإجارتها، وعدم جواز التمتع بها لا يمنع ذلك كما في أمته المحرم كأخته، وثانيهما وبه جرّم البغوي: لا؛ لأنّه لا يملك التمتع بها.

(١) في (هـ): «سيدها»

فَإِنْ قُلْتُ: غَيْرُ الْكِتَابِيَّةِ لَا تَحِلُّ فَكَيْفَ يَجُوزُ لَهُ تَزْوِجُهَا؟
قُلْتُ: تَحِلُّ لِلْكَافِرِ، فَقَدْ قَالَ فِي «الرَّوَضَةِ»^(١): وَنِكَاحُ الْمَجُوسِيِّ أَوْ الْوَثْنِيِّ
الْأُمَّةِ الْمَجُوسِيَّةِ أَوْ الْوَثْنِيَّةِ كَالْكِتَابِيِّ الْأُمَّةِ الْكِتَابِيَّةِ. انْتَهَى.
وَقَدْ صَرَّحُوا بِأَنَّ الْأُمَّةَ الْكِتَابِيَّةَ تَحِلُّ لِلْكِتَابِيِّ، بَلْ فِي حِلِّ غَيْرِ الْكِتَابِيَّةِ لِلْكِتَابِيِّ
وَجِهَانٍ فِي «الْكَفَايَةِ».

فَإِنْ قُلْتُ: هَذَا يَشْكُلُ عَلَى الْأَصَحِّ مِنْ أَنَّ الْكَفَّارَ مُخَاطَبُونَ بِفُرُوعِ الشَّرِيعَةِ.
قُلْتُ: يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: لَا يَلْزَمُ مِنْ تَكْلِيفِهِمْ بِفُرُوعِ الشَّرِيعَةِ مَسَاوَاتُهُمْ لَنَا فِي هَذَا
الْحُكْمِ الْخَاصِّ، وَلَوْ دَلَّ الْحُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَقَرَّرُ عَلَيْهَا. وَلَا يَخْفَى بُغْدُهُ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

نَعَمْ إِنْ كَانَتِ السَّيِّدَةُ بِالْغَةِ رَشِيدَةً زَوْجَ أُمَّتِهَا وَلَيْ نِكَاحِهَا، وَإِنْ لَمْ يَلِ مَالُهَا
كَالْأَخِ وَالْعَمِّ، وَلَوْ لَغَيْرِ مَصْلَحَةٍ بِشَرَطِ إِذْنِهَا نُطْلَقًا وَإِنْ كَانَتْ بَكْرًا لَا إِذْنَ الْأُمَّةِ.
وَبَحَثَ الْبُلْقِينِيُّ أَنَّ أُمَّةَ الْمُبْعُضَةِ يُزَوِّجُهَا مَنْ يَزَوِّجُ الْمُبْعُضَةَ بِإِذْنِهَا، يَغْنِي مَنْ
يُزَوِّجُهَا بِتَقْدِيرِ كَوْنِهَا حُرَّةً، وَهُوَ وَلِيُّهَا لَا مَنْ يُزَوِّجُهَا فِي الْحَالِ الَّذِي هُوَ مَالِكٌ
بَعْضُهَا وَلِيُّهَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الَّذِي يُزَوِّجُ أُمَّةَ الْمُكَاتِبَةِ هُوَ سَيِّدُهَا بِإِذْنِهَا.

أَوْ كَانَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ لَصَبًى أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ، فَيُزَوِّجُ أُمَّتَهُ وَلَيْ مَالِهِ
وَنِكَاحِهِ، وَهُوَ الْأَبُ وَالْجَدُّ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، بِأَنَّ كَانَتْ بَكْرًا مُطْلَقًا أَوْ ثِيْبًا
مَجْنُونَةً، بِخِلَافِ السَّفِيهِ وَالْمَجْنُونِ الْبَالِغِ، أَيِ: الْمُحْتَاجِ عَلَى قِيَاسٍ مَا يَأْتِي
عَنِ الْأَدْرَعِيِّ بِمَا فِيهِ.

وَمِثْلُهُ الْمَجْنُونَةُ الْبَالِغَةُ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَلِي مَالَهَا وَنِكَاحَهَا، أَيِ: الْمُحْتَاجَةُ
عَلَى قِيَاسٍ مَا ذَكَرَ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ مُطْلَقًا، إِذْ لَا يَلِي نِكَاحَهُمَا بِشَرَطِ

وُجُودِ الْمَصْلُوحَةِ فِي تَرْوِيجِهَا، وَكَوْنِهَا مِمَّنْ يَجُوزُ لِمَالِكِهَا تَرْوِيجُهَا بِتَقْدِيرِ كَمَالِهِ
فَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْمُسْلِمِ تَرْوِيجُ أُمَةٍ مُسْلِمَةٍ لِمَوْلَاهِ الْكَافِرِ، بِخِلَافِ الْأُمَةِ الْكَافِرَةِ
لِمَوْلَاهِ الذَّكَرِ وَلَوْ كَانَ كَافِرًا، أَوِ الْأُنْثَى الْمُسْلِمَةِ فَلَهُ تَرْوِيجُهَا.

وَوَجْهُ هَذَا التَّفْصِيلِ: أَنَّ الذَّكَرَ لَهُ تَرْوِيجُ أُمَّتِهِ الْكَافِرَةِ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا،
فَقَامَ وَلِيُّهُ مَقَامَهُ، وَالْأُنْثَى لَا تَزَوِّجُ، فَيُقَيَّدُ مَقَامُ الْوَلِيِّ مَقَامَهَا بِمَا إِذَا مَلَكَ
تَرْوِيجُهَا، وَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ مُسْلِمَةً.

وَإِذْنُ السَّفِيهِ وَالسَّفِيهِ صَرِيحًا فِي تَرْوِيجِهَا، وَلَوْ زَوَّجَهَا السَّفِيُّ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ
صَرِيحًا جَارًا، وَمَا تَقَرَّرَ مِنْ اعْتِبَارِ وَلِيِّ مَالِهِ وَنِكَاحِهِ الَّذِي هُوَ الْأَبُ وَالْجَدُّ
وَالْقَاضِي هُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ «الرَّوْضَةِ»، وَاعْتَمَدَهُ الْمُتَأَخَّرُونَ، وَإِنْ مَشَى عَلَيْهِ
صَاحِبُ «التَّمْشِيَةِ» عَلَى اعْتِبَارِ وَلِيِّ الْمَالِ وَلَوْ وَصِيًّا وَقِيَمًا.

وَقَيَّدَ الْأَذَرَعِيُّ بَحْثًا تَرْوِيجَ وَلِيِّهِ - أَعْنِي السَّفِيَةَ - أُمَّتَهُ بِمَا إِذَا كَانَ هُوَ مُحْتَاجًا
إِلَى النِّكَاحِ، إِذِ الْوَلِيُّ إِنَّمَا يَمْلِكُ نِكَاحَهُ حِينَئِذٍ، وَنَظَرَ فِيهِ شَيْخُ مَشَايِخِنَا بِأَنَّهُ يَكْفِي
فِي ذَلِكَ أَنَّهُ يَمْلِكُ تَرْوِيجَهُ فِي الْجُمْلَةِ، وَقِيَاسُ مَا تَقَرَّرَ مِنْ أَنَّ الْقَاضِيَّ يَزَوِّجُ أُمَّةَ
السَّفِيهِ وَالْمَجْنُونِ وَالْمَجْنُونَةَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِيهَا بَيْنَ الْمُسْلِمَةِ وَالْكَافِرَةِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(وَأَوَّلَى الْوُلَاةِ) أَي: أَحَقُّهُمْ بِالتَّزْوِيجِ (الْأَبُ، ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ) وَإِنْ عَلَا،
وَيُقَدَّمُ مِنْه الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبِ، بِخِلَافِ الْجَدِّ أَبِي الْأُمِّ، فَإِنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ (ثُمَّ الْأَخُ
لِلْأَبِ وَالْأُمُّ، ثُمَّ الْأَخُ لِلْأَبِ) فَقَطُّ بِخِلَافِ الْأَخِ لِلْأُمِّ فَقَطُّ لَا وَلَايَةَ لَهُ (ثُمَّ ابْنُ
الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمُّ، ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ) فَقَطُّ، بِخِلَافِ ابْنِ الْأَخِ لِلْأُمِّ فَقَطُّ (ثُمَّ
الْعَمُّ، ثُمَّ ابْنَةُ، عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ) الْمَذْكُورِ فِي الْأَخِ وَابْنِهِ أَي: ثُمَّ الْعَمُّ لِلْأَبِ
وَالْأُمِّ، ثُمَّ الْعَمُّ لِلْأَبِ فَقَطُّ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ لِلْأَبِ فَقَطُّ،
بِخِلَافِ الْعَمِّ لِلْأُمِّ فَقَطُّ وَابْنِهِ فَلَا وَلَايَةَ لِهَمَا.

(فَإِذَا عَدِمَ الْعَصَبَاتُ) المذكورن (فَالْمَوْلَى الْمُعْتَقُ) يَزُوجُ بِحَقِّ الْوَلَاءِ (ثُمَّ عَصَبَاتُهُ) يَزُوجُون بِتَرْتِيبِهِمْ فِي الْإِزْثِ، فَيُقَدِّمُ الْأَخُ ثُمَّ ابْنُهُ عَلَى الْجَدِّ عَلَى الْعَكْسِ مِنَ النَّسَبِ. قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَيُقَدِّمُ الْعَمُّ عَلَى أَبِي الْجَدِّ كَمَا فِي «الْبُؤَيْطِيِّ». نَعَمْ إِنْ كَانَتِ الْعَتِيقَةُ مَجْنُونَةً زَوَّجَهَا الْقَاضِي دُونَ الْمُعْتَقِ؛ لِأَنَّهُ يَلِي مَالَهَا، كَمَا يُزَوِّجُ الْمَجْنُونَةَ الْبَالِغَةَ الَّتِي لَا وَلِيَّ لَهَا مُجِبِّرٌ، وَيَتَقَدَّمُ عَلَى أَقَارِبِهَا عَلَى الْأَصَحِّ، فَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ كَافِرًا زَوَّجَ الْعَتِيقَةُ أَقَارِبُهَا الْمُسْلِمُونَ إِنْ كَانَتْ مُسْلِمَةً، ثُمَّ الْقَاضِي.

فَإِنْ كَانَتْ كَافِرَةً زَوَّجَهَا مَنْ لَهُ وَلَاؤُهَا أَيْ بَعْدَ أَقَارِبِ النَّسَبِ، وَإِنْ كَانَ أَنْثَى زَوَّجَ الْعَتِيقَةُ بِإِذْنِهَا مَنْ يُزَوِّجُ الْمُعْتَقَةَ وَلَوْ بِلَا إِذْنِهَا، فَيَزَوِّجُهَا أَبُو الْمُعْتَقَةِ، ثُمَّ جَدُّهَا بِتَرْتِيبِ الْأَوْلِيَاءِ، وَلَا يُزَوِّجُهَا ابْنُهَا.

نَعَمْ لَوْ كَانَتِ الْمُعْتَقَةُ وَلِيِّهَا كَافِرِينَ وَالْعَتِيقَةُ مُسْلِمَةً لَمْ يُزَوِّجْهَا أَيْ: بَلْ يُزَوِّجُهَا الْقَاضِي كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، أَوْ كَانَتِ الْمُعْتَقَةُ مُسْلِمَةً وَلِيِّهَا وَالْعَتِيقَةُ كَافِرِينَ زَوَّجَهَا، فَإِذَا مَاتَتِ الْمُعْتَقَةُ زَوَّجَ الْعَتِيقَةُ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ، فَيُقَدِّمُ ابْنُهَا عَلَى أَبِيهَا.

وَإِنْ كَانَ خُنْثَى زَوَّجَ عَتِيقَتَهُ وَلِيَّهُ لَوْ كَانَ أَنْثَى بِإِذْنِهِ وَإِذْنِهَا، فَإِنْ زَوَّجَهَا الْخُنْثَى ثُمَّ بَانَ ذَكَرًا صَحَّ.

وَفُهُمْ مِمَّا ذَكَرَ أَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ عِدَّةٌ مِنَ عَصَبَةِ النَّسَبِ أَوْ الْوَلَاءِ فِي دَرَجَةٍ كَالْخَوَةِ أَوْ أَعْمَامِ الْأَبِ وَأُمِّ لَمْ يُقَدِّمُوا أَحَدُهُمْ عَلَى الْآخَرِ، وَهُوَ كَذَلِكَ.

فَإِنْ أَذْنَتْ لِكُلِّ مِنْهُمْ فِي تَزْوِيجِهَا سُنُّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَقْفَهُمْ بِبَابِ النِّكَاحِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِ مِنْهُمْ، ثُمَّ أَوْرَعُهُمْ، ثُمَّ أَسْنُهُمْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِ مِنْهُمْ بِرِضَاهُمْ.

فَإِنْ تَنَازَعُوا فَقَالَ كُلٌّ: «أَنَا الَّذِي أَزَوِّجُ»:

* فَإِنْ اتَّخَذَ الْخَاطِبُ وَجَبَ الْإِقْرَاعُ بَيْنَهُمْ؛ قِطْعًا لِلتَّرَاعِ، فَيَزَوِّجُ مَنْ خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ، وَلَا تَتَقَبَّلُ الْوَلَايَةُ لِلْحَاكِمِ، فَلَوْ زَوَّجَهَا الْمَفْضُولُ أَوْ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ صَحَّ تَزْوِيجُهُ؛ لِإِذْنِهَا فِيهِ، وَفَائِدَةُ الْقَرَعَةِ قِطْعُ التَّرَاعِ بَيْنَهُمْ، لَا نَفْيُ وَلَايَةٍ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ لَهُ.

* وَإِنْ تَعَدَّدَ الْخَاطِبُ لَمْ تَزَوِّجْ إِلَّا مِمَّنْ تَرْضَاهُ، فَإِنْ رَضِيََتِ الْجَمِيعُ أَمَرَ الْحَاكِمُ بِتَزْوِيجِ الْأَصْلَحِ، ذَكَرَهُ فِي «الرَّوْضَةِ» وَ«أَصْلِحُهَا» عَنِ الْبَغَوِيِّ وَغَيْرِهِ، وَجَزَمَ بِهِ فِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ».

فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَهُوَ عَضْلٌ فَيَزَوِّجُ الْقَاضِي الْأَصْلَحَ مِنْهُمْ، قَالَهُ الْقُورَانِيُّ وَغَيْرُهُ، وَعَلَيْهِ حُجْلٌ خَبَرٌ: «فَإِنْ تَشَاجَرُوا، فَالْأَسْلُطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»^(١).

وَفِي كَوْنِ التَّشَاجُرِ عَضْلًا بِالنِّسْبَةِ لِمَنْ أَرَادَ التَّزْوِيجَ مَنْ يُعَيِّنُ الْقَاضِي الْأَصْلَحَ وَقَفَهُ.

وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ لِكُلِّ مِنْهُمْ بَلْ أَذِنْتَ لِأَحَدِهِمْ لَمْ يَزَوِّجْهَا غَيْرُهُ، أَوْ قَالَتْ لَهُمْ: «زَوِّجُونِي»، اشْتَرَطَ اجْتِمَاعُهُمْ، وَلَوْ أَذِنْتَ لَجَمَاعَةٍ مِنَ الْقَضَاةِ عَلَى أَنْ يَسْتَقِيلَ كُلُّ مِنْهُمْ بِتَزْوِيجِهَا فَتَنَازَعُوا فَيَمْنُ يَزَوِّجُ.

قَالَ الزُّرْكَشِيُّ: فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَقْرَعُ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ مَأْذُونٌ لَهُ فِي الْإِنْفِرَادِ، وَلَا حَظٌّ فِيهِ لَهُ، فَلْيَبَادِرْ إِلَى التَّصَرُّفِ إِنْ شَاءَ، بِخِلَافِ الْوَلِيِّ.

وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْمُعْتَقِينَ ثُمَّ عَصَبَاتِهِمْ يُشْتَرَطُ اجْتِمَاعُهُمْ فِي الْعَقْدِ، فَلَوْ كَانُوا ثَلَاثَةً اشْتَرَطَ رِضَاهُمْ، فَلَوْ مَاتُوا اشْتَرَطَ وَاحِدٌ مِنْ عَصَبَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، أَوْ بَعْضُهُمْ فَقَطْ كَفَى مُوَافَقَةً أَحَدٍ عَصَبَاتِهِ لِمَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ.

(١) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٠٨٣)، وَالتِّرْمِذِيُّ (١١٠٢) وَقَالَ: حَسَنٌ، وَالنَّسَائِيُّ فِي «الْكِبَرِيِّ» (٥٣٧٣)، وَابْنُ

مَاجَهَ (١٨٧٩) مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

نَعَمْ لَوْ تَزَوَّجَ وَاحِدٌ مِنَ الْعَدَدِ الْمُسْتَوِينَ عَلَى غَيْرِهِ مِنْهُمْ؛ كَأَن كَانَ أَخًا لَأُمِّ،
أَوْ ابْنًا قُدَّمَ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ، فَلَوْ اجْتَمَعَا قُدَّمَ الابْنُ، وَذَلِكَ كَابْنِي ابْنِ^(١) عَمِّ أَحَدُهُمَا
أَخْ لَأُمِّ وَالْآخَرُ ابْنٌ.

(تُسَمَّى) إِذَا عُذِمَ الْمُعْتَقُ وَعَصْبَاتُهُ أَيْضًا زَوْجَ (الْحَاكِمِ) مَنْ هِيَ فِي مَحَلِّ وَلَايَتِهِ
حِينَ التَّزْوِيجِ، وَإِنْ كَانَتْ ذَمِّيَّةً، بِخِلَافِ الْحَرَبِيَّةِ وَالْمُسْتَأْمَنَةِ كَمَا تَقَدَّمَ، أَوْ كَانَ
الزَّوْجُ خَارِجًا عَنْ مَحَلِّ وَلَايَتِهِ أَوْ سَمِعَ إِذْنَهَا فِي مَحَلِّ وَلَايَتِهِ، ثُمَّ خَرَجَ مِنْهَا وَعَادَ،
كَمَا لَوْ سَمِعَ الْبَيِّنَةَ ثُمَّ خَرَجَ عَنْ مَحَلِّ وَلَايَتِهِ ثُمَّ عَادَ، فَإِنَّهُ يُحَكَّمُ عَلَى الصَّحِيحِ،
وَكَذَا إِنْ كَانَ إِذْنُهَا لَهُ خَارِجًا ثُمَّ اجْتَمَعَا فِيهَا فِيمَا يَظْهَرُ مِنْ تَرَدُّدٍ فِي ذَلِكَ، كَمَا لَوْ
أُذِنَتْ حَالُ إِحْرَامِهَا، وَلَا يُزَوَّجُ مَنْ لَيْسَتْ فِي مَحَلِّ وَلَايَتِهِ حِينَ التَّزْوِيجِ.

وَإِنْ كَانَ التَّزْوِيجُ فِي مَحَلِّ وَلَايَتِهِ، أَوْ كَانَتْ هِيَ فِي مَحَلِّ وَلَايَةِ مُسْتَنِيهِ فَقَطَّ
حَيْثُ لَوْ اسْتَنْابَهُ قَاضٍ فِي بَلَدَةٍ وَآخَرُ فِي أُخْرَى، فَفِي جَوَازِ تَزْوِيجِهِ مَنْ هِيَ
بِأَحَدِي الْبَلَدَتَيْنِ وَهُوَ فِي الْأُخْرَى اِحْتِمَالًا لَنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَوْجَهُهُمَا الْجَوَازُ.

وَلَوْ تَعَمَّدَ الْإِقْدَامَ عَلَى تَزْوِيجِهَا مَعَ اعْتِقَادِ أَنَّهَا فِي غَيْرِ مَحَلِّ وَلَايَتِهِ ثُمَّ بَانَ
أَنَّهَا كَانَتْ فِيهَا، فَبَحَثَ بَعْضُهُمْ عَدَمَ الصَّحَّةِ لَفْسِقِهِ بِالْإِقْدَامِ عَلَى هَذَا التَّزْوِيجِ،
وَخُرُوجِهِ عَنِ الْوَلَايَةِ بِتَعَمُّدِ الْكَبِيرَةِ، فَإِنَّ الشُّكَّ فِي حِلِّ الْمُنْكَوحَةِ يُوجِبُ بُطْلَانَ
الْعَقْدِ، وَقَدْ يُنْظَرُ فِيهِ بِمَا صَرَّحُوا بِهِ مِنْ صَحَّةِ نِكَاحِ أُمِّ زَوْجِهَا وَارْتِ بَظْنُ حَيَاةِ
مَوْرَثِهِ فَبَانَ مَيْتًا.

وَهَلِ الْمُرَادُ بِمَحَلِّ وَلَايَتِهِ نَفْسُ الْبَلَدَةِ دُونَ مَزَارِعِهَا أَوْ بَسَاتِينِهَا، حَتَّى لَوْ
زَوَّجَ امْرَأَةً بِالْبَلَدَةِ وَهِيَ بَنَحْوِ الْمَزَارِعِ أَوْ بِالْعَكْسِ لَمْ يَصِحَّ؟ وَتَرَدَّدَ فِيهِ بَعْضُهُمْ،

(١) لَيْسَتْ فِي (هـ)، (ن).

وقال: إِنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْأَصْحَابِ الْأَوَّلِ. انْتَهَى. لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمَرَادُ بِالْبَلَدَةِ وَمَا يُنسَبُّ إِلَيْهَا مِمَّا ذُكِرَ.

وَلَوْ كَانَ سَيِّدُ الْأَمَةِ مُوَلِّيًّا لِقَاضِي بَلَدَةٍ وَأَمَتُهُ بِبَلَدَةٍ أُخْرَى، فَمَقْيَاسُ مَا قَالُوهُ مِنْ أَنَّ التَّصَرُّفَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ لِقَاضِي بَلَدِهِ دُونَ قَاضِي بَلَدِ مَالِهِ أَنَّ وَلَايَةَ تَرْوِيجِهَا لِقَاضِي بَلَدِ سَيِّدِهَا.

فَإِنْ قُفِدَ الْحَاكِمُ أَيْضًا جَازَ لِلزَّوْجَيْنِ أَنْ يُوَلِّيَا أَمْرَهُمَا حُرًّا عَدْلًا لِيَعْقِدَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجْتَهِدًا، وَلَوْ مَعَ وُجُودِ مُجْتَهِدٍ عَلَى مَا هُوَ ظَاهِرٌ إِطْلَاقِهِمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وُجِدَ الْحَاكِمُ، وَلَوْ حَاكِمٌ ضَرُورَةً، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَلِّيَا إِلَّا الْمُجْتَهِدَ.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ السَّفَرِ وَالْحَضَرِ فِي الْحَالَتَيْنِ. هَذَا مَا تَلَخَّصَ مِنْ كَلَامٍ كَثِيرٍ فِي الْمَسْأَلَةِ.

قَالَ ابْنُ الْعِمَادِ: وَلَوْ سَافَرَتِ الْمَرْأَةُ مَعَ رُفْقَةٍ فَحَكَمَتْ وَاحِدًا مِنَ الرُّفَقَةِ فَرَوَّجَهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ (جَازٌ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ لَهَا وَلِيٌّ^(١)) فَإِنْ حَكَمَتْ قَبْلَ أَنْ تَنْتَهِيَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَجُزْ بِنَاءٌ عَلَى الْأَصَحِّ أَنَّ الْحَاكِمَ لَا يُرَوِّجُ إِلَّا إِذَا غَابَ الْأَقْرَبُ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ بَلُوغِهَا مَسَافَةَ الْقَصْرِ جَازًا، وَلَوْ حَكَمَتْ وَلَيْهَا الْأَبْعَدُ مَعَ غِيَبَةِ الْأَقْرَبِ جَازًا، وَتَرْوِيجُهَا بِطَرِيقِ الْحُكْمِ لَا بِطَرِيقِ الْوَلَايَةِ بِالْقَرَابَةِ. انْتَهَى.

وَيُخَالِفُ مَا ذَكَرَهُ آخَرًا قَوْلُ «الْأَنْوَارِ»: لَوْ كَانَ لَهَا وَلِيٌّ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يَجُزِ التَّحْكِيمُ؛ لِأَنَّ نِيَابَةَ الْغَائِبِ لِلْقَاضِي. انْتَهَى. إِلَّا أَنْ يُحْتَمَلَ كَلَامُهُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْأَبْعَدُ مُجْتَهِدًا أَوْ قُفِدَ الْقَاضِي، وَكَلَامُ «الْأَنْوَارِ» عَلَى مَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مُجْتَهِدٍ مَعَ وُجُودِ الْقَاضِي بِنَاءً عَلَى التَّلْخِصِ الْمُتَقَدِّمِ.

(١) رِيَادَةُ مِنْ (هـ).

وأفهم كلام المصنف أنه ولاية للابن، وهو كذلك، نعم إن وجد فيه غير سبب
البنوة ولي به، كأن كان ابن ابن عم، أو أخا من وطء شبهة، أو نكاح مجوسي، أو
مولى مباشرة أو سراية أو قاضيا، وأن الحاكم إنما يلي عند فقد غيره ممن تقدم
عليه، وليس مرادا، فإنه يلي مع وجوده أيضا في مسائل مذكورة في المطولات.

(ولا يجوز) لغير صاحب العدة (أن يصرح بخطبة معتدة) غير رجعية بطلاق
أو فسخ أو انفساخ أو موت، وكذا وطء شبهة كما جزم به المأوردى وغيره،
وليس في «العزير» و«الروضة» ما ينافيه، خلافا لما وقع لبعضهم.

(وتجوز) له (أن يعرض) لخطبتها (و) لكن إنما ينكحها بعد انقضاء
حدتها^(١) لا قبله، بخلاف صاحب العدة يجوز له خطبة المعتدة تصريحاً
وتعريضاً، ومعلوم أن هذا في غير المعتدة عن وفاة أو وطء شبهة أو طلاق ثلاثاً؛
إذ خطبة صاحبها لا تتصور في الأولى، ولا تجوز في الثانية، وكذا في الثالثة إلى
أن تنكح زوجاً آخر ثم يطلقها، فحينئذ يجوز له التعريض فقط إن كان الطلاق
رجعياً، وبخلاف الرجعية فلا يجوز التعريض أيضاً، ومثلها المرتدة في عدة
الرذة على ما قاله المتولي؛ لأنها إن أسلمت في العدة كانت زوجة.

والخطبة بكسر الخاء: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة.

والتصريح: ما يقطع الرغبة في النكاح؛ كـ «أريد أن أنكحك»، أو^(٢) «إذا
انقضت عدتك نكحتك».

والتعريض: ما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها؛ نحو: «من يجد مثلك»،
و«إذا حللت فأذنيني».

(١) في (هـ): «العدة»

(٢) في (ج)، (د)، (هـ).

وفي «البحر» عن «الأم» لو قال: «عندي جماعٌ يُرْضِي مَنْ جُمِعَتْ» فهو تعريضٌ حرامٌ، وهذا يدلُّ على أنَّ بعضَ التعريضِ حرامٌ، يعني: وهو ما فُحِّشَ؛ لتضمُّينه ذكرَ الجماعِ. وقال بعضهم: التعريضُ بالجماعِ تصريحٌ بالخطبةِ، ويُمكنُ ردُّ كلامِ «الأم» إليه. انتهى.

وخرَجَ بالمُعْتَدَةِ غَيْرُهَا، فإذا كانت منكوحةً حُرِّمَ خِطْبُهَا نصريحًا أو تعريضًا، أو غيرَ منكوحةٍ حَلَّتْ كَذَلِكَ إجماعًا فيهما.

لكن لو امتنع نكاحُ الثانيةِ في الحالِ كَثِيبٍ صغيرةٍ عاقلةٍ، أو بكرٍ عِدَمَتْ المُجْبَرَ فهل تجوزُ خِطْبُهَا؟

قال الزُّرْكَشِيُّ: الظَّاهِرُ الجَوَازُ لِبَقَعِ التَّزْوِيجِ إِذَا زَالَ الْمَانِعُ. قال: ولا كراهةَ في أن يقولَ المُسْلِمُ لِلْمَجْوسِيَّةِ ونحوها: «إِذَا أَسْلَمْتَ تَزَوَّجْتُكِ»؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ عَلَى الْإِسْلَامِ مَطْلُوبٌ، بخلافِ الكافرِ للمسلمةِ، ولم يتعرَّضُوا لهذه الصُّورَةِ. انتهى.

أو كانت -أي: الثانية- سُرِّيَّةً، أو أمَّ وليدٍ، فالظَّاهِرُ كما قال الزُّرْكَشِيُّ كُفْرُهُ عَدَمُ الْجَوَازِ إِذَا لَمْ يَعْضِ السَّيِّدُ عَنْهُمَا؛ لِإِمَّا فِيهِ مِنْ إِيْذَانِهِ، بل هي في معنى المنكوحةِ. قال: نَعَمْ، متى وَجَبَ الاستبراء ولم يقصِدِ التَّسْرِي، جَازَ التَّعْرِيفُ كَالْبَائِنِ إِلَّا أَنْ خِيفَ إِفْسَادُهَا عَلَى مَالِكِيهَا. انتهى.

وَصَرَّحَ الْمَاوَرِدِيُّ بِأَنَّ مَنْ اسْتَكْمَلَ نِكَاحَ أَرْبَعٍ حُرِّمَ أَنْ يَخْطُبَ أَوْ يُخْطَبَ، وَخَالَفَهُ الْبُلْقِينِيُّ حَيْثُ بَحَثَ جَوَازَ خِطْبَةِ الْخَامِسَةِ إِنْ عَزَمَ عَلَى أَنَّهَا إِنْ أَجَابَتْ أَبَانَ وَاحِدَةً، وَطَرَدَ ذَلِكَ فِي خِطْبَةِ أَخْتِ الزَّوْجَةِ وَهُوَ أَوْجَهُ، وَيَحْتَمِلُ عَلَى قِيَاسِهِ الْجَوَازُ أَيْضًا إِذَا لَمْ يَعْزَمْ عَلَى مَا ذُكِرَ وَلَا عَلَى خِلَافِهِ اكْتِفَاءً بِالْإِمْكَانِ وَعَدَمِ تَعْيِينِ الْمَحْذُورِ.

وكالخطبة في جميع ما تقرّر: جوابها ممّن يُعتبر جوابها إيجابته، وظاهر التعبير بالجواز عدم استحباب الخطبة حيث جازت، وهو ما عزاه الرافعي للجمهور، واستحبّها الغزالي.

قال الرزكشي: ويُنسب التفصيل بين من يستحب له النكاح فتستحب له، ومن لا فلا؛ لأن حكم الوسيلة حكم المقصد.

(وَالنِّسَاءُ ضَرْبَانِ: بَكْرٌ، وَثَيِّبٌ) وهو من زالت بكارتها بوطء في قبلها ولو حراماً، ومن نحو قري، كما قاله الأذريعي، وإن كانت نائمة أو مجنونة أو صغيرة لا تحتمل الوطء ومكرهة وإن عادت بكارتها.

بخلاف من زالت بكارتها بوطء في دبرها أو بغير وطء؛ كسقطعة وأصبع وحيدة حيض، أو خلقت بلا بكاره، أو وطئت في قبلها ولم تزُل بكارتها لكونها عذراء، كما اقتضاه كلام الشيخين فإنها بكر.

(فَالْبَكْرُ يَجُوزُ لِلْأَبِ وَالْجَدِّ) وإن علا عند عدم الأب؛ أي: ولو حكماً بأن اختلّت ولايته لقيام أحد موانعها به كما هو ظاهر دون غيرها (إِجْبَارُهَا عَلَى النِّكَاحِ) بأن يزوجهما أحدهما بغير إذنها بمهر مثلهما من نقد البلد من كفو لها مؤسراً بالمهر حيث لا عداوة ظاهرة بينها وبين الولي، ولا عداوة بينها وبين الزوج كما يحسنه العراقي من غير تقييد بالظاهرة لوضوح الفرق بين الولي والزوج.

فإن انتفى شرط من هذه القيود لم يجز لواحد منهما إجبارها، بل يفسد النكاح إن أجبرها مع وجود العداوة بينها وبينه أو بينها وبين الزوج على ما تقرّر، وإن جهلها كما هو ظاهر؛ إذ لا أثر للجهل في الشرط، أو انتفاء الكفاءة، وكذا مع انتفاء اليسار بمهر المثل كما نقله الشيخان عن القاضي وأقره لانتفاء

المصلحة المعتبرة في تصرف الولي، وإن قال جمع - منهم البلقيني والزركشي - إنه مفرغ على اعتبار اليسار في الكفاءة، وهو خلاف الصحيح، واستحسنه شيخ مشايخنا، بخلاف ما لو أجبرها بلا مهر، أو بدون مهر المثل، أو بغير نقد البلد، فيصح النكاح بمهر المثل من نقد البلد.

ولا عبرة بمجرد كراهيتها للولي أو الزوج، نعم يكره تزويجها من تكرهه، نص عليه في «الأم»، وهل المراد بالعداوة ما يمنع قبول الشهادة؟ فيه نظر.

ودخل في البكر الصغيرة التي لا تحمل الوطء، فيجوز إجبارها وهو كذلك، وإن توقف فيه الزركشي، والسفيه التي يلي الحاكم مالها بأن طرأ سفهها بعد الرشد، وهو كذلك أيضا.

وقول الدميمري وغيره: «إن الحاكم يزوجه مع وجود أبيها بأنه الولي» مردود بأن كلام الأصحاب يفهم خلافه، وبحت ابن العباد أن البكر إذا لزمها الحرج لا يزوجه الأب إلا بإذنها؛ لأن الزوج بمنعها منه؛ لكونه موسعا، ولها غرض في تعجيل براءتها. انتهى. وهو محل التأمل.

(والتيب) العاقلة (لا يجوز) لأحد من الأولياء سواء الأب والجدة وغيرهما (تزويجها) إلا بعد بلوغها وإذنها) نطقا ولو بلفظ الوكالة؛ لأن المعنى واحد، ولو أذنت ثم رجعت عن الإذن فكرجوع الموكل عن الوكالة، فإن زوجها الولي بعد رجوعها وقبل علمه لم يصح.

وأفتى شيخنا الرملّي فيمن أذنت لوليها أن يزوجه إذا طلقت وانقضت عدتها أي: أو طلقت فيما يظهر أن له بهذا الإذن تزويجها بعد الطلاق والعدّة، بخلاف ما إذا وكل المجير من يزوج البكر المروجة ثم طلقت قبل الدخول، فليس للوكيل تزويجها بهذا الإذن مطلقا، والفرق قوة ولاية الولي؛ لأنها شرعية.

وخالف شيخ مشايخنا فأفتى في الثانية بأنَّ للوكيل ذلك إن قال له: وكُنْتُكَ
أن تزوجها بعد طلاقها وانقضاء عدتها، أو أطلق كما لو وكلَّ المحرم في تزويج
موليته. انتهى. والفرق لائح.

ويُسَرُّ الإشهاد على إذنها لوليها ليؤمن إنكارها ولا يجب، وإن كان الولي
حاكماً كما أفتى به القاضي والبعوي خلافاً لابن عبد السلام والبلقيني؛ لأنه
ليس من نفس النكاح المُعتَبَر فيه الإشهاد، وإنما هو شرط فيه، ومُجَرَّد تصرف
الحاكم ليس بحكم على الصحيح حتى يجب ظهور مُستنده بثبوت إذنها عنده.
ويعلم إذنها بإقرارها أو بشاهدين أو تصادق المتعاقدين، وأفتى البعوي أنَّ
رجلاً لو قال للحاكم: أذنت لك فلانة في تزويجها مني، فإن وقع في نفسه صدقه
جاز تزويجها به، وإلا فلا، ولا يُعتمد تحليفه.

ولو أراد أن يزوجه ابنة عمه أي مثلاً كما هو ظاهر، وأخبره رجل أو رجلان
أنها أذنت له فزوجه ثم قال: كذبنا في الإخبار، فإن قالت المرأة: «كنت أذنت»
يصح النكاح، أو أنكرت صدقت بيمينها، وعلى الزوج البيعة بإذنها.

ولو أرسلت رسولاً بالإذن إلى ابن عمها أي مثلاً كما هو ظاهر فلم يأتيه
الرسول وأتاه من سميع من الرسول وأخبره فزوجه، صح النكاح؛ لأنَّ هذا
إخبار لا شهادة، ذكره في «الأنوار»، وقضية هذا التعليل أنه يكفي كون الرسول
عدلاً رواية، ولو عبداً أو امرأة، وإن كان العاقد الحاكم بناءً على ما تقدّم عن
القاضي والبعوي.

بل قد يقال: ينبغي الاكتفاء بإخبار نحو الصبي إذا ظن صدقه، بل لو أقدم
على العقد من غير إخبار فبان أنها كانت أذنت لم تبعد الصحة أيضاً اكتفاء

بوجود الإذن في نفس الأمر، إلا أن يُقال: إقدامه في هذه الحالة مُفسِّقٌ له على ما تقدّم عن ابن العِماد بما فيه، فليَتَأَمَّلْ.

وعُلِمَ من كلام المُصنِّف أن الثَّيِّبَ الصَّغِيرَةَ لا تزوّج بحالٍ، وخرَجَ بالعاقلة المجنونة صغيرة كانت أو كبيرة، فللابِّ ثُمَّ الجَدُّ وإن علّا تزويجها عند ظهور التّصلّح من كفاية النّفقة وغيرها، فإن كانت بالغّة مُحتاجةً إلى النّكاح كأن تظهر علامات غلبة شهوتها أو يُتَوَقَّع الشّفاء بقولِ عدلين من الأطباء، فعليهما ثُمَّ على الحاكم تزويجها.

وكالثَّيِّبِ الْبِكْرُ في حقِّ غير الأبِّ والجَدِّ، فلا يُزَوِّجها إلّا بعد بلوغها وإذنها، لكن لا يُشترطُ إذنها، بل يكفي سكوتها ولو عتيقة، كما ذكره الرّزكشي في «شرح المنهاج»، وإن وقع له في غيره خلافه بعد استئذانها، ولو في غير كفٍّ وإن لم يعلم أن ذلك إذنٌ، خلافاً لابن المُنذر.

وإن بكّت بلا صياح أو ضربٍ خدٍّ، بخلاف ما إذا بكّت بأحدهما، نعم لا يكفي سكوتها بعد استئذانها في نكاحها بلا مهرٍ أو بدون مهرٍ المثل أو بغير نقد البلد بالنّسبة إلى ذلك، وإن كَفَى بالنّسبة للنّكاح.

وتُصدّق المرأة في دَعْوَى الْبَكَارَةِ بلا يمينٍ، ولا يُكشَفُ عنها؛ لأنّها أعلَمُ بحالها، وكذا في دَعْوَى الثُّبُوتِ قَبْلَ الْعَقْدِ ولو بلا يمينٍ كما اقتضاه كلامُ «الرّوضي» وغيره، لكن المُتَّجِه كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ شَيْخُ مَشَايخِنَا أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنَ الْيَمِينِ لاقتضاء دعواها إبطال حقِّ وليّها من الإيجاب إذا أراد أن يُزَوِّجها بغير إذنها نُطْقاً لا بعد العقد حيث رُوِّجَتْ بغير إذنها نُطْقاً، بل المُصدّق الوليّ يمينه؛ لما في تصديقها من إبطال النّكاح مع أن الأضلّ بقاء الْبَكَارَةِ.

بل لو شهدت أربع نسوة بشيئها عند العقد لم يبطل كما قاله الماوردي
والرؤياني، وإن أفتى القاضي بخلافه؛ لاحتمال إزالتها بنحو إصبع، أو أنها
خلقت بدونها، وفارق تصديقها في دعوى الرضاع بأن الولاية مُحَقَّقة، والثبوت
لا تنافيها نظرًا لذلك الاحتمال.

(وَالْمَحْرَمَاتُ) مِنْ حَيْثُ نِكَاحُهُنَّ (بِالنَّصِّ) فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى، وَخَرَجَ
نَحْوُ عَمَّةِ الزَّوْجَةِ وَخَالَتِهَا مِمَّا سَيَأْتِي، فَإِنَّهُ يَحْرُمُ^(١) بِالنِّسْبَةِ^(٢) (أَرْبَعُ عَشْرَةَ:
سَبْعٌ) مِنْهُنَّ يَحْرُمُنَّ (بِالنِّسَبِ) أَي: بِسَبَبِ الْقَرَابَةِ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ الزَّوْجِ (وَهِيَ:
(١) (الْأُمُّ وَإِنْ عَلَتْ) وَهِيَ مَنْ وَلَدَتْكَ أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَتْكَ^(٣)، ذَكَرَا كَانَ أَوْ
أُنْثَى، بِوَسْطَةِ أَوْ غَيْرِهَا.

(٢) (وَالْبِنْتُ وَإِنْ سَفَلَتْ) وَهِيَ مَنْ وَلَدَتْهَا أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَهَا، ذَكَرَا كَانَ
أَوْ أُنْثَى، بِوَسْطَةِ أَوْ غَيْرِهَا.

وَفِي الْمَنْفِيَّةِ بِلَعَانِ خِلَافٍ، وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُهَا عَلَى نَافِيهَا وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ
بِأُمِّهَا، وَتَعَدَّى تَحْرِيمُهَا إِلَى سَائِرِ مُحَارِمِهِ، إِذْ لَا تَنْتَفِي عَنْهُ قِطْعًا، وَلِهَذَا لَوْ
كَذَّبَ^(٤) نَفْسَهُ لِحَقِّقَتِهِ، نَعَمْ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ بِقَتْلِهِ لَهَا، وَالْحَدُّ بِقَذْفِهِ لَهَا،
وَالْقَطْعُ بِسَرَقَةِ مَالِهَا، وَقَبُولِ شَهَادَتِهِ لَهَا وَجِهَانِ أَصْحَهُمَا عَلَى مَا فُهِمَ مِنْ
بَعْضِ نُسْخِ «الرَّوْضَةِ» الْمَنْعُ، لَكِنْ رَجَّحَ الْأَذْرَعِيُّ وَمَنْ تَبِعَهُ وَغَيْرُهُ خِلَافَهُ،
وَنَقَلُوهُ عَنْ مُقْتَضَى كَلَامِ «التَّحْمَةِ»، وَنَسَبُوا تِلْكَ النُّسْخَ إِلَى السَّقَمِ.

قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَهَلْ يَأْتِي الْوَجِهَانِ فِي انْتِقَاضِ الْوُضُوءِ بِمَسِّهَا وَجَوَازِ النَّظَرِ

(١) فِي (هـ): «فَإِنَّهَا مُحْرَمَةٌ».

(٢) فِي (هـ): «بِالنِّسْبَةِ لِلْجَمْعِ».

(٣) فِي (ك)، (هـ): «أَكْدَبَ».

(٤) فِي (ج): «وَلَدَتْكَ».

إليها والخلوة بها أو لا؟ إذ لا يلزم من ثبوت الحرمة المحرمية كما في الملاعة وأُم الموطوءة بشبهة وبنتها.

والأقرب عندي عدم ثبوت المحرمية. انتهى. ولا يخفى أنه لا يتجه إلا عدم النقض بمسه، إذ لا نقض مع الشك، والاحتمال قائم قطعاً.

وأما جواز النظر والخلوة فينبغي أن يُنَاطَ الأمرُ فيهما بظنه، فإن لم يظن شيئاً فهو محل التأمل.

وخرج بالنسب: المخلوقة من ماء زناه، فلا تحرم عليه، نعم تكره خروجها من خلاف من حرّمها، بخلاف من ولدته من الزنا تحرم عليه، والفرق أنه كعضو منها وانفصل منها إنساناً.

وكالمخلوقة من زناه المرتضعة بلبن زناه.

(٣) (وَالْأُخْتُ) وهي من ولدها أبواك أو أحدهما.

(٤) (وَالْحَالَةُ) وهي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغيرها.

(٥) (وَالْعَمَّةُ) وهي أخت ذكر ولدتك بواسطة أو بغيرها.

(٦) (وَبِنْتُ الْأَخِ)،

(٧) (وَبِنْتُ الْأُخْتِ) بواسطة أو بغيرها فيهما.

ولو نكح مجهولة النسب فاستلحقها أبوه ثبت نسبها، لكن لا ينفسخ النكاح؛ أي: إن لم يُصدِّقهُ الزَّوْجُ، حكاه المُرْنُيُّ ثُمَّ قال: وفيه وقفة. قال القاضي: وليس لنا من يَطُّ أخته في الإسلام إلا هذا. قال شيخ مشايخنا: وقيس به ما لو تزوجت مجهول النسب فاستلحقه أبوها ثبت نسبه، ولا ينفسخ النكاح إن لم يُصدِّقهُ الزَّوْجُ. انتهى.

قِيلَ: وفيه نظر؛ لأنَّ الزَّوْجَ إِنْ كَانَ بِالْعَا عَاقِلًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ قَبْلَ تَصْدِيقِهِ، فَلَا يَكُونُ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ، أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ثَبَّتَ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ تَصْدِيقِ وَلَا تَكْذِيبِ مِنْهُ، وَلَوْ بَعْدَ كَمَالِهِ فَلْيَنْفَسِخْ^(١) النِّكَاحُ مِنْ حِينَ اسْتِلْحَاقٍ، وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا تَصْدِيقَهُ فِي الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْمُسْتَلْحَقَّ غَيْرُهُ فَاعْتَبِرَ لِبُطْلَانِ حَقِّهِ مُوَافَقَتُهُ عَلَيْهِ. انْتَهَى.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ بِأَنْ عَدَمَ اعْتِبَارِ التَّصْدِيقِ فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ لَا يُنَافِي اعْتِبَارَهُ بَعْدَ الْكَمَالِ فِي انْفِسَاخِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَّتَ النِّكَاحُ أَوَّلًا وَتَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهِ، فَلَا يَسْقُطُ إِلَّا بِمُوَافَقَتِهِ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي تَقْدُّمِ ثُبُوتِ النِّكَاحِ وَتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِهِ، فَكَمَا لَمْ يَبْطُلْ فِي الْأَوَّلَى بِدُونِ مُوَافَقَتِهِ، فَكَذَا فِي الثَّانِيَةِ، وَمُجَرَّدُ كَوْنِ الْمُسْتَلْحَقِّ غَيْرَهُ فِي الْأَوَّلَى وَإِيَّاهُ فِي الثَّانِيَةِ لَا أَثَرَ لَهُ.

(وَالثَّانِي) مِنْهُنَّ مُحَرَّمَتَانِ (بِالرِّضَاعِ) أَي: بِسَبَبِ حُصُولِ الرِّضَاعِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الزَّوْجِ (وَهُمَا):

(١) (الْأُمُّ الْمُرْضِعَةُ) وَهِيَ مَنْ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ وَلَدَكَ بِوَسْطَةِ أَوْ بغيرِهَا أَوْ أَرْضَعْتَهُ.

(٢) (وَالْأَخْتُ مِنَ الرِّضَاعِ) وَهِيَ مَنْ ارْتَضَعْتَ بِلَبِّ أَحَدِ أَبَوَيْكَ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ، وَمَوْلُودَةُ أَحَدِ أَبَوَيْكَ مِنَ الرِّضَاعِ.

(وَأَزْوَجٌ) مِنْهُنَّ يَحْرُمْنَ (بِالْمُصَاهَرَةِ) أَي: بِسَبَبِ حُصُولِ الْمُصَاهَرَةِ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ الزَّوْجِ (وَهُنَّ):

(١) (أُمُّ الزَّوْجَةِ) وَإِنْ عَلَتْ مِنْ نَسَبٍ وَكَذَا مِنْ رِضَاعٍ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالزَّوْجَةِ.

(١) فِي (ح) «يَنْفَسِخْ»

(٢) (وَالرَّيْبَةُ) وهي بنتُ زوجِته من نسبٍ وكذا من رَضَاعٍ وإن سَفَلَتْ (إذا دَخَلَ بِالْأُمِّ) في الحَيَاةِ بَأَنَ وطئِها في الفَرْجِ ولو في الدُّبُرِ، بخلافِ ما إذا لم يدخل بها كذلك، وإن وُجِدَتْ مُقَدِّمَاتُ الدُّخُولِ بِشَهْوَةٍ فلا تحُرْمُ بِنَتِها، إِلَّا أن تكونَ منفيَّةً بلعانٍ كما تقدَّم.

(٣) (وَرَوْجَةُ الْأَبِ) وإن عَلَا من جهةِ الأبِ أو الأمِّ من نَسَبٍ وكذا رَضَاعٍ وإن لم يدخل بها.

(٤) (وَرَوْجَةُ الْإِبْنِ) وإن سَفَل من نَسَبٍ وكذا رَضَاعٍ.

وكالزَّوْجِيَّةِ فيما ذكره في هذه الأربعِ: الوَطْءُ في الحَيَاةِ بملكٍ ولو لمَحْرَمٍ له كاخْتِه، أو بِشَبْهَةٍ وإن حُرِّمَ على الواطئِ بِالشَّبْهَةِ نَفَرُ أُمِّ الموطوءةِ وَبَنَتِها والخُلُوءُ والمُسَافَرَةُ بهما، والمُعْتَبَرُ في التَّحْرِيمِ كالتَّسْبِ والعِدَّةِ بِشَبْهَةِ الواطئِ وفي المَهْرِ شَبْهَةُ الموطوءةِ.

وقضيةٌ ما أفتى به شيخُ مشايخنا فيما لو أُكْرِهَ على الزَّنا من أن الولدَ يلحقه، سواءً أُكْرِهَتِ الموطوءةُ أيضًا أم لا؛ لأنَّه لَمَّا جُعِلَ الإكراهُ عُذْرًا في إسقاطِ الحدِّ عنه صارَ ماؤهَ مُحْتَرَمًا كما ذكره المُتَوَلَّى، قال: وما نَقَلَهُ عنه بعضُ سُراخِ «المنهاج» من أنَّه لا يلحقه سهوٌ، فإنَّ كلامَ «الوسيط» إنما هو فيما إذا أُكْرِهَتِ الموطوءةُ لا الواطئُ. انتهى ثبوتُ المُصَاهَرَةِ بِوطْءِ المُكْرَه، لكن أفتى شيخُنا الرَّمْلِيُّ بعدمِ اللُّحُوقِ؛ لعدمِ احترامِ هذا الوطْءِ، بدليلِ إثمِهِ عليه؛ لأنَّ الإكراهَ لا يبيحُه، وقضيتهُ عدمُ الثُّبُوتِ فليَتَأَمَّل.

وكالوطْءِ فيما ذُكِرَ استدخالُ الماءِ، فقد ذَكَرَ في «الرَّوْضَةِ» و«أَضْلِهَا» أنَّه يَشِثُ المُصَاهَرَةُ والنَّسَبُ والعِدَّةُ دُونَ الإحصانِ والتَّحْلِيلِ، وتقْرِيرُ المَهْرِ

ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والغسل والمهر في صورة الشبهة باستدخال ماء الزوج أو السيد الأجنبي بشبهة، بخلاف ماء زنا الزوج أو السيد لا يثبت به شيء من ذلك، نعم ما ذكرناه من عدم ثبوت الرجعة مخالف لما جزمنا به بعد من ثبوتها، وعليه اقتصر في «الشرح الصغير».

قال في «المهمات»^(١): وهو الأصح. قال: ونقل الماوردي عن بعض الأصحاب أنه يشترط في التحريم باستدخال ماء الزوج وجود الزوجية حال الإنزال والاستدخال.

قال شيخ مشايخنا^(٢): ومقتضاه أنه يشترط في ماء الأجنبي قيام الشبهة في الحالين، والمُرَاد من ذلك أن يكون الماء مُحْتَرَمًا فيهما، انتهى. لكن قال شيخنا الرملي: المُعْتَبَرُ اعتبارُ الاحترام حال الإنزال فقط. انتهى.

ويوافقه قول ابن العِمَاد في منظومته:

وَإِنْ تَسَاحَقَ بَعْدَ وَطْءٍ زَوْجِيَّةٍ وَأَخْبَلَتْ مِنْ مَائِهِ نَهْيَ ابْنَتِهِ

وقد يؤيده ما تقدّم في وطء الشبهة من اعتبار شبهة الواطئ فقط.

ومنه ما في «فتاوى البغوي»: لو استدخلت امرأة ذكر أجنبي وهو نائم فأتت بوليد فهو نسيب؛ لأنه منّي مُحْتَرَمٌ. انتهى. وإن أمكن الفرق فليُتَأَمَّل.

وحيث لا وطء ولا استدخال على ما تقرّر فَيُعْتَبَرُ فيما عدا الثانية أن يكون عقد النكاح صحيحًا، فَعَلِمَ أَنَّ الْأُمَّ تَحْرُمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ عَلَى الْبَنَاتِ بِخِلَافِ الْبَنَاتِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الرَّجُلَ يُتَكَلَّى عَادَةً بِمُكَالَمَةِ أُمِّهَا عَقِبَ الْعَقْدِ لِتَرْتِيبِ أُمُورِهِ فَحَرُمَتْ بِالْعَقْدِ لَيْسَهُلَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ بَنَاتِهِ.

(١) «المهمات» (٧/ ١٠٠).

(٢) «أسى المطالب» (٣/ ١٥٠).

(وَوَاحِدَةً) تَحْرُمُ (مِنْ جِهَةِ الْجَمْعِ) أَي: يَحْرُمُ جَمْعُهَا مَعَ غَيْرِهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ أَكْثَرَ، وَلَا تَحْرُمُ حَالَةً أَنْفَرَادِهَا عَنْهُ (وَهِيَ: أَخْتُ الزَّوْجَةِ) لِأَبٍ أَوْ لَأُمٍّ مِنْ نَسَبٍ وَكَذَا رِضَاعٍ، فَيَحْرُمُ جَمْعُهَا فِي عَقْدٍ أَوْ عَقْدَيْنِ، وَلَا تَحْرُمُ عَلَى أَنْفَرَادِهَا، فَإِنْ جَمَعَهَا مَعَهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَطَلَ فِيهِمَا، أَوْ فِي عَقْدَيْنِ فَإِنْ عُرِفَتِ السَّابِقَةُ وَلَمْ تُنَسَّ فَالثَّانِي بَاطِلٌ، وَإِنْ تُسِيَتْ وَجَبَ التَّوَقُّفُ إِلَى النَّبِيِّ، وَإِنْ وَقَعَا مَعًا أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالْمَعْيَةُ، أَوْ عُرِفَ السَّبْقُ وَلَمْ تَتَعَيَّنِ السَّابِقَةُ وَلَمْ تُرْجَ مَعْرِفَتُهَا فهُمَا بَاطِلَانِ، فَإِنْ طَلَّقَتِ الزَّوْجَةُ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا حَلَّتْ أَخْتُهَا، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَنْقُضِ عِدَّتُهَا إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا، وَأَفْهَمَ قَوْلُهُ: «مِنْ جِهَةِ الْجَمْعِ» ثُبُوتُ التَّحْرِيمِ فِيمَا تَقَدَّمَ عَلَى التَّأْيِيدِ مُطْلَقًا، وَهُوَ كَذَلِكَ.

(وَلَا يُجْمَعُ) أَي: لَا يَجُوزُ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَجْمَعَ فِي النِّكَاحِ وَلَوْ بِغَيْرِ وَطْءٍ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا نَسَبٌ أَوْ رِضَاعٌ لَوْ فُرِضَتْ إِحْدَاهُمَا ذَكَرًا حُرَّمَتْ تَنْكَاحُهَا صَغِيرَتَيْنِ كَانَتَا أَوْ كَبِيرَتَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَتَيْنِ، وَهَذَا يَشْمَلُ الْأَخْتَيْنِ أَيْضًا فَلَا يُجْمَعُ (بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتَيْهَا، وَلَا) بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَ(خَالَتَيْهَا)، فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا بِعَقْدٍ وَاحِدٍ بَطَلَ فِيهِمَا، أَوْ بِعَقْدَيْنِ فَكَمَا مَرَّ فِي الْأَخْتَيْنِ.

وَخَرَجَ بِالنَّسَبِ وَالرِّضَاعِ الْمَرْأَةُ وَأُمُّهَا، وَالْمَرْأَةُ وَأُمُّ زَوْجِهَا، وَالْمَرْأَةُ وَبَنَتُ زَوْجِهَا مِنْ أُخْرَى، فَيَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ حُرِّمَ تَنْكَاحُهُمَا بِفَرْضٍ إِحْدَاهُمَا ذَكَرًا فِي الْأَوَّلَى وَفَرْضِي أُمِّ الزَّوْجِ ذَكَرًا فِي الثَّانِيَةِ وَفَرْضِي بَنَتِهِ ذَكَرًا فِي الثَّلَاثَةِ وَإِنْ لَمْ يَحْرُمْ النِّكَاحُ^(١) بِفَرْضٍ الْعَكْسِ فِيهِمَا.

كَمَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ بَنَاتِ الرَّجُلِ وَرَبِيبَتِهِ، وَأَخْتِ الرَّجُلِ مِنْ أُمِّهِ وَأَخْتِهِ مِنْ

(١) فِي (هـ): «النِّكَاحُ».

أبيه، والمرأة وزبيبة زوجها من زوجة أخرى، أو بنت خالها^(١) أو عمتها كما عُلِمَ من الضابط المذكور.

وخرج بتقييد تحريم الجمع فيما ذكر من الأختين وغيرهما بالنكاح كما أفاده سياقه: ما لو جمع بينهما بملك إحداهما ونكاح الأخرى معاً، أو مرتباً فيجوز، لكن إنما تحل المنكوحة دون المملوكة وإن كانت موطوءة؛ لأن الإباحة بالنكاح أقوى منها بالملك وما لو جمع بينهما بملكهما جميعاً، لكن لو وطئ إحداهما ولو في دبرها حرمت الأخرى إلى أن تحرم الأولى بنحو إزالة ملك عنها، أو عن بعضها بنحو بيع بت أو بشرط الخيار للمشتري وحده، أو هبة مع قبض بإذن أو بنكاح أو كتابة، لا بنحو حيض وإحرام ورهن وردة، فلو عادت الأولى بنحو رد بعب قبل وطء الأخرى فله وطء أيتها شاء بشرط استبراء العائدة، أو بعد وطئها حرمت العائدة إلى أن يحرم الأخرى، ولو وطئ الثانية قبل تحريم الأولى لم تحل ولم تخرم الأولى، إذ الحرام لا يحرم الحلال.

نعم لو كانت أمًا وبنتها فوطئ إحداهما حرمت الأخرى أبداً، أو وطئهما ولو عالمًا حرمتا معاً، أو كانت إحداهما نحو مجوسية أو محرمة ممن لا تباح على انفرداها لم يؤثر وطؤها في حل الأخرى؛ لأن الموطوءة محرمة.

واستشكله شيخنا الشهاب البرلوسي بما لو طرأ تحريم مؤبد على نكاح موطوء زوجة ابنه بشبهة، فإنه ينقطع النكاح، سواء كانت الموطوءة محرمة للواطئ قبل العقد عليها كبن أخيه أم لا، كما اعتمده شيخ مشايخنا. قال: ولا يغتر بما نقل عن بعضهم من تقييد ذلك بالشق الثاني. انتهى.

(١) في (هـ) «خالها»

ثُمَّ أَجَابَ شَيْخُنَا بِأَنْ وَطِئَ الْآبُ زَوْجَةَ ابْنِهِ أَفْوَى مِنْ وَطِئِ السَّيِّدِ لِلْأُمَةِ؛ لِأَنَّ
أَثَرِ الْأَوَّلِ التَّأْيِيدُ الْمُحَرَّمُ، وَأَثَرُ الثَّانِي حُرْمَةُ مُوقْتَةً، أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّقِيقَةَ الْمَوْطُوءَةَ
لِلْوَلَدِ إِذَا وَطِئَهَا أَبُوهُ حُرِّمَتْ عَلَى الْوَلَدِ، وَبِأَنَّ زَوْجَةَ الْوَلَدِ مُحَرَّمَةٌ عَلَى الْآبِ
أَبَدًا، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ وَطِئَهَا الْآبُ بِشِبْهِهِ انْقَطَعَ نِكَاحُ الْوَلَدِ، فَفَرَضُ كَوْنِهَا فِي هَذِهِ
الصُّورَةِ مُحَرَّمًا لِلآبِ كَبْنِ أَخِيهِ مِثْلًا لَا أَثَرُ لَهُ؛ لِأَنَّ غَايَتَهُ تَحْرِيمُهَا الْمُؤَبَّدُ عَلَى
الْآبِ، وَذَلِكَ حَاصِلٌ بِزَوْجِيَّةِ الْوَلَدِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بِنْتُ أَخِي وَالِدِهِ. انْتَهَى.

وَلَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا خُتًى فَوَطِئَهُ أَوْ لَا جَارَ لَهُ وَطِئَ الثَّانِيَةَ لَعَدِمَ تَحْقِيقُ أُنُوَّةِ
الْأُولَى، نَقَلَهُ الرَّزْكَانِيُّ عَنْ أَبِي الْفَتْوحِ.

قَالَ شَيْخُنَا الْمَذْكُورُ: فَلَوْ بَانَتْ أَنْثَى فَيُحْتَمَلُ أَنَّهَا الْحَلَالُ وَتَحَرُّمُ الثَّانِيَةِ،
وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَحْرُمَا مَعًا لِتَخْلُفِ التَّعْلِيلِ السَّابِقِ، يَغْنِي أَنْ الْحَرَامُ لَا يَمْنَعُ الْحَلَالَ.
انْتَهَى. وَلَعَلَّ الْأَوَّلَ أَظْهَرَ.

(وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ) هَذَا أَعْمٌ مِمَّا تَقَدَّمَ، فَيَحْرُمُ مِنْهُ الْبِنْتُ
وَإِنْ سَفَلَتْ، وَالْخَالَةُ وَالْعَمَّةُ وَبِنْتُ الْأَخِ وَبِنْتُ الْأَخْتِ، فَالْمُرْتَضِعَةُ بِلَبِّكَ أَوْ لَبَنِ
فَرْعِكَ نَسَبًا أَوْ رِضَاعًا، وَبِنْتُهَا كَذَلِكَ وَإِنْ سَفَلَتْ بِنْتُ رِضَاعٍ، وَبِنْتُ وَلَدِ الْمُرْضِعَةِ
أَوْ الْفَحْلِ نَسَبًا أَوْ رِضَاعًا وَإِنْ سَفَلَتْ وَإِنْ أَرْضَعْتَهَا أَخْتُكَ، أَوْ ارْتَضَعْتَ بِلَبِّ
أَخِيكَ وَبِنْتُهَا نَسَبًا أَوْ رِضَاعًا وَإِنْ سَفَلَتْ بِنْتُ أَخِي أَوْ أُخْتُ رِضَاعٍ وَأُخْتُ الْفَحْلِ
أَوْ أَبِيهِ أَوْ أَبِي الْمُرْضِعَةِ بِوَاسِطَةِ أَوْ بِغَيْرِهَا نَسَبًا أَوْ رِضَاعًا عَمَّةٌ رِضَاعٍ وَأُخْتُ
الْمُرْضِعَةِ أَوْ أُمُّهَا وَأُمُّ الْفَحْلِ بِوَاسِطَةِ أَوْ بِغَيْرِهَا نَسَبًا أَوْ رِضَاعًا خَالَةُ رِضَاعٍ.

وَاسْتَنْتَى جَمْعٌ: أُمُّ الْأَخِ، وَأُمُّ الْأَخْتِ، وَأُمُّ وَلَدِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَتْ، وَأُخْتُ الْوَلَدِ
وَإِنْ سَفَلَتْ، وَجَدَّتُهُ وَإِنْ عَلَتْ، وَأُمُّ الْعَمِّ وَأُمُّ الْعَمَّةِ وَأُمُّ الْخَالِ وَأُمُّ الْخَالَةِ وَأَخُ
الْإِبْنِ، فَهَذِهِ الصُّورُ تَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ وَلَا تَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ.

وصورة الأخيرة: امرأة لها ابن ارتضع على أجنبية لها ابن فابنُ الثانية أخو ابنِ الأولى، ولا يخرمُ عليه نكاحُها، وقال المُحقِّقون: لا حاجة لاستثناء هذه الصُّورِ لعدم دخولها في الضابط؛ لأنَّهنَّ إنَّما حرُمْنَ في النَّسَبِ لِمَعْنَى لَمْ يُوْجَدْ فِيهِنَّ فِي الرِّضَاعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا حُرِّمَتْ فِي النَّسَبِ أُمُّ الْأَخِ أَوِ الْأَخْتُ لِأَنَّهَا أُمُّ، أَوْ مَوْطُوءَةُ أَبِي وَأُمُّ وَلَدِ الْوَلَدِ لِأَنَّهَا بِنْتُ، أَوْ مَوْطُوءَةُ ابْنٍ وَطَنًا مُحَرَّمًا وَجَدَّةُ الْوَلَدِ لِأَنَّهَا أُمُّ، أَوْ أُمُّ زَوْجَةٍ أَوْ مَوْطُوءَةُ أَبِي وَطَنًا مُحَرَّمًا، وَأَخْتُ الْوَلَدِ لِأَنَّهَا بِنْتُ، أَوْ بِنْتُ مَوْطُوءَةٍ وَطَنًا مُحَرَّمًا، وَأَخُ الْإِبْنِ لِأَنَّهُ ابْنٌ، أَوْ ابْنُ ابْنٍ وَاطِئٍ وَطَنًا مُحَرَّمًا^(١)، وهذه المعاني غيرُ موجودةٍ في الرِّضَاعِ. قالوا: ولهذا لم يستثنِها الشَّافِعِيُّ وَلَا جَمْهُورُ الْأَصْحَابِ، وَلَا اسْتُثْنِيَتْ فِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ.

وَلَا تَحْرُمُ عَلَيْكَ أَخْتُ أَخِيكَ مِنْ نَسَبٍ، سَوَاءٌ كَانَتْ أَخْتُ أَخِيكَ لِأَبِيكَ لِأُمِّهِ كَأَن كَانَ لِزَيْدٍ أَخٌ لِأَبٍ وَأَخْتُ لِأُمِّ فَلَاخِيهِ نِكَاحُهَا، أَوْ كَانَتْ أَخْتُ أَخِيكَ لِأُمِّكَ لِأَبِيهِ، كَأَن يَكُونَ لِأَبِي أَخِيكَ بِنْتُ مِنْ غَيْرِ أُمِّكَ، فَلَكَ نِكَاحُهَا، أَوْ مِنْ رِضَاعٍ، سَوَاءٌ كَانَتْ أَخْتُ أَخِيكَ لِأَبِيكَ لِأُمِّهِ، كَأَن تَرْضِعَ امْرَأَةً زَيْدًا وَصَغِيرَةً أَجْنَبِيَّةً مِنْهُ، فَلَاخِيهِ لِأَبِيهِ نِكَاحُهَا، أَوْ كَانَتْ أَخْتُ أَخِيكَ لِأُمِّكَ لِأَبِيهِ، كَأَن تَرْضِعَ صَغِيرَةً بَلْبَنٍ أَبِي أَخِيكَ لِأُمِّكَ فَلَكَ نِكَاحُهَا.

(وَتُرَدُّ الْمَرْأَةُ بِعَهْمَسَةِ عُيُوبٍ) أَي: يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرُدَّهَا بِأَنْ يَفْسَخَ نِكَاحَهَا بِسَبَبٍ وَجُودٍ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْخَمْسَةِ بِهَا وَإِنْ قَلَّ وَكَانَ بِهِ مِثْلُ مَا بِهَا أَوْ أَقَلُّ أَوْ أَكْثَرُ، سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا قَبْلَ الْعَقْدِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الرُّدُّ إِذَا اتَّفَقَا فِي الْجَنُونِ إِلَّا إِذَا تَقَطَّعَ فِيمَكِنِ الرُّدُّ فِي زَمَنِ الْإِفَاقَةِ كَمَا قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ.

(١) فِي (ج) «مُحَرَّمًا».

(١) (بِالْجُنُونِ) مُطَبَّقًا كَانَ أَوْ مُنْقَطِعًا، وَهُوَ مَرَضٌ يُزِيلُ الشُّعُورَ مِنَ الْقَلْبِ
مَعَ بَقَاءِ الْقُوَّةِ وَالْحَرَكَةِ فِي الْأَعْضَاءِ، نَعَمْ اسْتَنَى الْمُتَوَلَّى مِنَ الْمُتَقَطِّعِ الْخَفِيفِ،
وَهُوَ مَا يَطْرَأُ فِي بَعْضِ الْأَزْمَانِ. قَالَ الْإِمَامُ: وَلَمْ يَتَعَرَّضُوا لَاسْتِحْكَامِ الْجُنُونِ،
وَلَمْ يُرَاجِعُوا الْأَطِبَّاءَ فِي إِمْكَانِ زَوَالِهِ، وَلَوْ قِيلَ بِهِ لَكَانَ قَرِيبًا نَظِيرَ الْبَرَصِ
وَالْجُدَامِ.

قَالَ الرَّزْكَانِيُّ: وَلَعَلَّ الْفَرْقَ أَنَّ الْجُنُونَ يُفْضِي إِلَى الْجِنَايَةِ عَلَى الزَّوْجِ.

وَاحْتَرَزَ بِالْجُنُونِ عَنِ الْإِغْمَاءِ بِالْمَرَضِ، فَلَا تُرَدُّ بِهِ، لَكِنْ قَبْدَهُ الْمُتَوَلَّى
كَمَا نَقَلَهُ الرَّزْكَانِيُّ بِأَن تَحْصُلَ مِنْهُ الْإِفَاقَةُ عَلَى مَا هُوَ الْغَالِبُ، بِخِلَافِ الدَّائِمِ
الْمَایُوسِ مِنْ زَوَالِهِ، فَإِنَّهُ كَالْجُنُونِ، وَلَوْ زَالَ الْمَرَضُ وَبَقِيَ الْإِغْمَاءُ بَعْدَ زَوَالِهِ
فَهُوَ كَالْجُنُونِ.

(٢) (وَالْجُدَامُ) وَهُوَ عَلَّةٌ يَحْمَرُّ مِنْهَا الْعُضْوُ ثُمَّ يَسْوَدُّ ثُمَّ يَتَقَطَّعُ وَيَتَنَازَرُّ.

(٣) (وَالْبَرَصُ) وَهُوَ بَيَاضٌ شَدِيدٌ مَبْقَعٌ.

وَقَضِيَّةٌ إِطْلَاقُهُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي كُلِّ مِنْ هَذَيْنِ بَيْنَ الْمُسْتَحْكِمِ وَغَيْرِهِ، لَكِنْ
حَكَى الْإِمَامُ عَنْ شَيْخِهِ أَنَّ أَوَائِلَ الْجُدَامِ وَالْبَرَصِ لَا يُثَبِّتُ الْخِيَارَ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُهُ
الْمُسْتَحْكِمُ، وَأَقْرَهُ الشَّيْخَانِ وَمَشَى عَلَيْهِ ابْنُ الرَّفْعَةِ، وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْأَنْوَارِ»،
وَحَكَى الْإِمَامُ عَنْ شَيْخِهِ أَيْضًا أَنَّ اسْتِحْكَامَ الْجُدَامِ بِالتَّقَطُّعِ، وَتَرَدَّدَ فِيهِ وَقَالَ:
يَجُوزُ أَنْ يُكْتَفَى بِاسْوَدَادِ الْعُضْوِ وَحُكْمِ أَهْلِ الْبَصَائِرِ بِاسْتِحْكَامِ الْعَلَّةِ. انْتَهَى.
وَأَمَّا اسْتِحْكَامُ الْبَرَصِ فَبُؤْصُولُهُ إِلَى الْعَظْمِ، بِحَيْثُ لَوْ فُرِكَ الْعَظْمُ فَرُكًا
شَدِيدًا لَمْ يَحْمَرَّ.

(٤) (وَالرَّتَقُ) بَفَتْحَتَيْنِ، وَهُوَ انْسِدَادُ مَحَلِّ الْجِمَاعِ مِنْهَا بِلَحْمٍ.

(٥) (وَالْقَرْنِ) بفتحَيْن، ويجوزُ إسكانُ الرَّاءِ أيضًا، وهو انسدادُه بعظم، ويخرجُ البولُ من ثقبَةٍ ضيقةٍ فيه، فإن زالَ المانعُ ولو بفعلٍ غيرِها فلا ردَّ له؛ لزوالِ مُقتضيه، ولا تُجبرُ المرأةُ على ذلك؛ لأنها تتضرَّرُ به.

(وَيُرَدُّ الرَّجُلُ) أي: يجوزُ للمرأةُ أو وليِّها على ما سيأتي ردُّه بفسخِ نكاحِه (أيضًا) أي: كما تُردُّ المرأةُ كما تقدَّم، ويجوزُ أن يتعلَّقَ بقوله: (بِحَمْسَةِ عُيُوبٍ) أي: بسببِ وجودِ واحدٍ منها فيه، وإن وُجدَ فيها أيضًا أو وُجدت بعدَ العقدِ والوطءِ، إلَّا العُنةُ فلا ردَّ بها إذا حدثت بعدَ الوطءِ في ذلك النكاحِ.

واستشكلَ جوازُ ردِّها بعيِّهِ المُقارِنِ للعقدِ؛ لأنها إن علِمَتْ به فلا خيارَ، وإن لم تَعْلَمْ فالتَّنْقِي من العُيوبِ شرطٌ لصحَّةِ النكاحِ.

وأجيبَ بتصويرِ المسألةِ بما إذا أُذِنَتْ في معيَّنٍ تجهلُ عيِّه، فيصحُّ النكاحُ لإذنيها فيه وإن علِمَ الوليُّ، وتخيَّرَ هي لجهلِها بالعيِّبِ.

(١-٣) (بِالْجُنُونِ، وَالْجُدَامِ، وَالْبَرَصِ) وتقدَّمتِ الثلاثةُ.

(٤) (وَالْجَبِّ) أي: قَطَعَ ذَكَرُهُ بحيثُ لم يَبْقَ منه قدرُ الحشفةِ ولو بفعلِها، فإن بقيَ منه قدرُها فلا ردَّ إلَّا إن عجزَ عنِ الوطءِ به فكالعُنةُ، نعم لو وجدته مَجبُوبًا لكتَّها رتقاءً، ففي «أصلِ الرِّوَضَةِ»^(١) عن جماعاتٍ ثبوتُ الرَّدِّ لفواتِ التَّمَتُّعِ المقصودِ مِنَ النكاحِ، وعن البَغَوِيِّ أَنَّهُ حَكَى طريقًا آخرَ أَنَّهُ لا يفسخُ قطعًا؛ لأنَّه وإن فسَخَ لا يَصِلُ إلى الوطءِ.

(٥) (وَالْعُنَّةِ) أي: العَجْزِ عنِ الوطءِ في القُبُلِ ولو بالنِّسبةِ لها مطلقًا، أو لكونِها بِكرًا دونَ غيرها، وإن حصلَ بمرَضٍ يدومُ وإن علِمَتْ بها قبلَ العقدِ أو

(١) «الشرح الكبير» (٨/١٣٦).

بعده وأسقطت حقها قبل ضرب المدة الآتي بيانه بشرط كون الزوج بالغاً عاقلاً، فإن كان صبيّاً أو مجنوناً فلا ردّ لها بالعنة؛ لأن قولها ملغى فلا يمكنها دعوى العنة التي غايتها ضرب المدة والفسخ، وذلك يعتمد إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله، وقد يمتنع عليها الرد بالعنة إذا كان الزوج بالغاً عاقلاً أيضاً، كما لو كانت أمة نكحها حرّاً بشرطه، فلا تصح دعواها العنة للزوم الدور؛ لأن سماع الدعوى يقتضي بطلان خوف العنت، وبطلان خوف العنت يقتضي بطلان النكاح، وبطلان النكاح يقتضي بطلان سماع الدعوى، ذكر ذلك الجرجاني.

قال شيخ مشايخنا^(١): وظاهر أن هذا إذا ادّعت عند مقارنة العقد، وإلا فتسمع دعواها لانتفاء الدور. انتهى.

قال ابن الرفعة: وما قالوه من تخيير البكر يدل على عدم جواز إزالة بكاريتها بإصبعه أو نحوها، إذ لو جاز ذلك لم يكن عجزه عن إزالتها مثبتاً للخيار؛ أي: لقدّرتَه على الوطء بعد إزالة البكارة بذلك، ويُسْتَرَطُ في الردّ بسائر العيوب المذكورة كون الرّاد جاهلاً بالعيب عند العقد، فلا ردّ للعالم حيثنّذ إلا العنة كما تقدّم، فإن اختلفا في العلم به صدّق المنكر بيمينه، أو في أن هذا عيب لم يثبت إلا بشاهدين خبيرين بالطّب، وكون الردّ على الفور كخيار العيب في المبيع ولا ينافيه ضرب المدة في العنة؛ لأنها إنما تتحقّق بعد المدة.

قال الزركشي: معنى كونه على الفور أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكون على الفور، لا نفس الفسخ. انتهى.

وفيه نظر، فإن أخره بلا عذر أو رضي به فلا ردّ له وإن زاد؛ لأن الرضى بالأول رضى بما يتولّد منه، إلا إن زاد بمحلّ آخر أو حدث عيب آخر فله الردّ

كما قاله في الأولي جماعة ونصّ عليه في «الإملاء» وقيدَه المأوردِي^(١) بما إذا زاد بمحل آخر أقبح منظراً، كأن حدث في الوجه بعد رؤيته في الفخذ، وحكى فيما إذا كان مثل الأول كما لو حدث في إحدى اليدين بعد رؤيته في الأخرى وجهين. قال شيخ مشايخنا^(٢): وأقربهما لكلام الجمهور أنه لا خيار. انتهى.

واستشكل عدم اعتبار الزيادة هنا باعتبارها فيما لو زاد فسق من شرط وضع الرهن عنده، فإن لكل من الرّاهن والمرتهن إزالة يده عنه.

وأجيب بأن الرهن أمانة فاحتيط لها صيانة للحقوق، بخلاف ما لو أخر بعذر فلا يسقط رده، كأن كان صبيّاً أو مجنوناً فبؤخر إلى كماله، ولو أخر الرد ثم ادّعى الجهل بثبوته أو بفورتيته وأمكن صدق بيمينه، ولو فسّخ بعيب ثم بان ألا عيب بطل فسّخه، وأن يكون بحضرة الحاكم بعد ثبوته عنده، فلو تراضيا بالفسخ من غير حضوره لم يصح، كما جزم به في «المحرر»، وإن جزم الصيّمري بالصحة وعزى إلى قضية كلام الإمام^(٣).

وتثبت الغنة بإقراره عند الحاكم أو عند شاهدين، ويشهدا به عند الحاكم أو يمينها بعد نكوله عن اليمين لإمكان اطلاعها عليها بالقرائن، بخلاف ما إذا حلف أنه لا غنة به فتسقط دعوها ولا يطالب بتحقيق ما قاله بالوطء؛ لأنه حقه وإن كان لها مصلحة فيه كاستقرار المهر به والأمن من تشطيره بالطلاق، ولا يمكن ثبوتها بالبينة لعدم إمكان اطلاع الشهود عليها، فإذا ثبتت ضرب له الحاكم سنة بطلبها لا بغيره، وابتدأها من ضرب القاضي لا من وقت إقراره أو حلفها، فلو سكنت لجهل أو دهمسة فلا بأس بتبنيها، ويكفي في طلبها

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ١٧٨).

(١) «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٤٣).

(٣) يطر «أسنى المطالب» (٣/ ١٧٧).

قولها: «أنا طالبةٌ حقِّي على موجبِ الشَّرْعِ» وإن جهلتِ الحُكْمَ على التَّفْصِيلِ، فإذا مَضَتْ السَّنَةُ ولم يَطَأْها فيها أو بعدها فلها الفسْخُ بعدَ رُفْعِهِ فَوْرًا^(١) على المُعْتَمِدِ إلى الحَاكِمِ.

وقوله: ثَبَتَتْ عُنْتَهُ أو حَقَّ الفسْخُ فَاخْتَارِي، قال الشُّبْكِيُّ: وبعدَ قوله حَكَمْتُ وهو مَبْنِيٌّ على أَنَّ الثُّبُوتَ ليس بحكْمٍ، وهو ما عليه الشَّيْخَانِ^(٢) على أَنَّ غَيْرَهُ نظر فيما قاله.

وَبَحَثَ^(٣) الْأَذْرَعِيُّ^(٤) أَنَّ قَوْلَهُ: «فاخْتَارِي» ليس بشرطٍ، بل المرادُ به إعلَامُهَا بدخولِ وَقْتِ الفسخِ حتَّى لو بادَرَتْ وفسَخَتْ قبلَ ذِكْرِهِ نَفَذَ^(٥)، وإن كان سَافَرَ في المَدَّةِ أو حبَسَ أو مَرَضَ أو حَاضَتْ كما صرَّحَ به الشَّيْخَانِ^(٦)، وإن توقَّفَ فيه الْأَذْرَعِيُّ^(٧) إذا بَلَغَ في كُلِّ شَهْرٍ أَكْثَرَهُ، وَالظَّاهِرُ كما قال شَيْخُ مَسَايِخِنَا^(٨) أَنَّ النَّفَاسَ كَالْحَيْضِ، أَوْ رَضِيَتْ بِالْمَقَامِ مَعَهُ في أَثْنَاءِ السَّنَةِ أو قبلَ ضَرْبِهَا، فَتَحَسَّبُ المُدَّةُ عَلَيْهِ في كُلِّ ذَلِكَ، بخلافِ ما لو اعْتَرَلَتْه ولو بعُدْرٍ كَحَبْسٍ، أَوْ مَرَضَتْ مَرَضًا يَمْنَعُ الوَطءَ جَمِيعَ السَّنَةِ لَا يُحَسَّبُ عَلَيْهِ، فلا فسخَ لها حينئِذٍ، فلو وَقَعَ ذَلِكَ لَهَا في بَعْضِ السَّنَةِ وَزَالَ قال الشَّيْخَانِ^(٩): فالقياسُ اسْتِنَافُ سَنَةٍ أُخْرَى، أَوْ يُنْتَظَرُ مُضِيُّ ذَلِكَ الْفَضْلِ مِنَ السَّنَةِ الْأُخْرَى.

(١) كتب فوقه في (ع): «مُعْتَمِدٌ».

(٢) «الشرح الكبير» (١٦٧/٨)، و«روضة الطالبين» (١٩٩/٧).

(٣) كتب فوقه في (ع): «مُعْتَمِدٌ».

(٤) «قوت المحتاج» (٤٩٢/٥).

(٥) في (ج): «تَعُدُّرٌ».

(٦) «الشرح الكبير» (١٦٦/٨)، و«روضة الطالبين» (١٩٩/٧).

(٧) «قوت المحتاج» (٤٩٢/٥).

(٨) «أسنى المطالب» (١٨٣/٣).

(٩) «الشرح الكبير» (١٦٧/٨)، و«روضة الطالبين» (١٩٩/٧).

قال ابن الرُّفْعَةِ: وفيه نظر؛ لاستلزامه الاستئناف أيضًا؛ لأنَّ ذلك الفضل إنما يأتي من سنة أخرى. قال: فلعلَّ المراد أنَّه لا يمتنعُ انْعزالُها عنه في غير ذلك الفضل من قابل، بخلاف الاستئناف ولو رُضيت بعد مُضيِّ السَّنة بالمقام معه، أو قالت: أَجَلَّتْهُ يومًا سقطَ حقُّها من الفسخ ما لم يُجَدِّدِ النِّكَاحَ وتُضْرَبَ مدَّةُ أخرى، بخلاف زوجة المُولي والمُعسرِ بالنِّفقة؛ لتجدُّدِ الضَّررِ لبقاء اليمين وقصد المضارَّة وتجدُّدِ النِّفقة كلَّ يوم.

والعُتَّةُ عيبٌ واحدٌ لا يُتَوَقَّعُ زوالُها غالبًا، وبخلاف ما لو سَكَتَتْ عن طلبِ الفسخِ على ما قاله المَاوَرَدِيُّ^(١)، لكن ينبغي - كما قال بعضهم - أن يكون مفرِّعًا على عدم اشتراطِ الفور، أو محمولًا على ما إذا كان لها عذرٌ يمنع من الرِّفْعِ؛ لأنَّ السُّكُوتَ كالرَّضَى كما ذَكَرُوهُ في عيبِ المَبِيعِ، فإن ادَّعى الوطءَ في السَّنة أو بعدها وأنكَرَتْ، صُدِّقَ بيمينه إن كانت ثيبًا، ولا يُطالَبُ بالوطءِ.

فإن نَكَلَ حَلَفَتْ أنَّه ما أصابها، وَفَسَخَتْ كما لو أَقَرَّ بذلك، ولو طَلَّقَهَا بعدَ حليفه على الوطءِ ثُمَّ أَرَادَ ارْتِجَاعَهَا لَدَعَاها الوطءَ فهي الْمُصَدِّقَةُ بيمينها في إنكارِها الوطءَ لدفعِ ارتجاعِها، وإن كان هو الْمُصَدِّقُ لدفعِ العُتَّةِ، فإن كانت بِكَرًّا بأنَّ شَهِدَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ بِكَارَتِهَا صُدِّقَتْ أَي: بيمينها كما يَمِيلُ إليه كَلَامُ «أَصْلُ الرِّوَضَةِ»^(٢) وَرَجَّحَهُ في «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ» وَنَقَلَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ عَنْ نَصِّ «الْأَمِّ»، وقال الإِسْنَوِيُّ^(٣): إِنَّهُ الرَّاجِحُ لاحتِمَالِ عَوْدِ الْبَكَارَةِ لِعَدَمِ الْمُبَالِغَةِ.

وعليه قال ابن الرُّفْعَةِ: ظَاهِرُ النَّصِّ أَنَّهَا لَا تَحْلِفُ إِلَّا أَنْ يُطْلَبَ الزَّوْجُ بيمينها. قال: وهو الْأَشْبَهُ؛ لأنَّ الْخُصَمَ مَتَمَكِّنٌ مِنَ الدَّعْوَى فَلَا مَعْنَى لِلْاِحْتِيَاظِ

(٢) «الشرح الكبير» (٨/١٦٩).

(١) «الحاوي الكبير» (٩/٣٤٨).

(٣) «المهمات» (٧/١٤٩).

له، وقيل: بلا يمين، وجزم به في «الروض»^(١).

وعليه فإن ادعى عودها حلفت أنه لم يُصْنِها وأن بكَارَتِها هي الأصلية ولها الفسخُ بعُتِّه بعدَ يمينها، فإن لم يدَّع شيئاً لم تحلف، فلو نكَّلت عن اليمين حلفَ ولا خيارَ لها، فلو نكَّل هو أيضاً فسخَتْ بلا يمين، وكان نكولُها كحلفِها؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ بكَارَتِها هي الأصلية.

قال الرُّزْكَشِيُّ: وليس هذا مخالفاً لقاعدة أنه لا يُقْضَى بالنُّكُولِ المُجَرَّدِ، فذاك محلُّه إذا نكَّل المدَّعي وكان حليفه يُنْبِئُ له حقاً، أمّا لو كان حليفه يُسْقِطُ عنه حقاً للمدَّعي عليه، فإنَّا نلْزِمُه بمُجَرَّدِ النُّكُولِ لا لأنَّه قضاءٌ بالنُّكُولِ، بل مؤاخِذَةٌ له بإقراره بالعُتَّةِ وعدمِ ظُهورِ مُقْتَضَى الوَطءِ أي: وبالبينة الشَّاهدة ببقاء بكَارَتِها^(٢).

واعلم أنَّ رَدَّ الرَّجُلِ بِالْغُيُوبِ المذكورة كما يجوزُ للمرأةِ يجوزُ لوليِّها بالثلاثة الأولى منها إن قارَنتُ وإن رَضِيَتِ المَرَأَةُ؛ لأنَّه يُعَبَّرُ بذلك، ولأنَّ العَيْبَ قد يتعدَّى إليها وإلى نسلِها، وتعبيرُهم بالوليِّ قد يتناولُ السَّيِّدَ^(٣) وغيره، لكن صرَّحَ في «البيسط» بأنَّه لا خيارَ للسَّيِّدِ. قال الرُّزْكَشِيُّ: وفيه نظرٌ، بل ينبغي أن يتخيَّرَ لدفعِ الضَّرَرِ عن ملكه لاحتمالِ أن ترجعَ إليه مَعِيَّةٌ أي: بواسطةِ العَدُوِّ التي جرَّتْ بها العادةُ الإلهيَّةُ غالباً عندَ مخالطةِ المُتَبَلِّ، ذَكَرَ ذلك شيخُ مشايخنا^(٤)، ثُمَّ قال: وقضيةُ كلامهم أنَّه لو تعدَّدَ مالِكُ الأَمَةِ كان لكلِّ منهم الخيارُ وإن لم يتوصَّلْ إليه إلَّا بإبطالِ حقِّ غيره، وهو محتملٌ. انتهى.

ولا يخفى أنَّ سياقَ هذا التَّقريرِ مصرَّحٌ بتخصيصِ تخييرِ السَّيِّدِ بالمُقارِنِ، إلَّا أنَّ الاحتجاجَ المذكورَ قد يُشعرُ بعدمِ التَّخصيصِ فليُتأمل، بخلافِ ما إذا

(٢) ينظر: «أسى المطالب» (٣/ ١٨٤)

(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ١٧٧).

(١) «روض الطالب» (ص ٤٩٦).

(٣) في (ع). «النسب».

حدثت بعد العقد؛ لأنه لا يُعَيَّرُ بها حينئذٍ، وبخلاف الأخيرين منها فلا ردَّ له بهما مطلقاً، وأنه لا ردَّ بغير ما تقدَّم من الغيوب السبعة كما أفهمه كلامه، نعم عدَّ الغزالي من غيوب المرأة ألا يُمكن وطؤها إلا بالافضاء، وردَّه الرَّافعي^(١) بأنَّ المشهور من كلام الأصحاب أنَّه لا فسخ بمثل ذلك، ثمَّ جمع بينهما بحمل الأول على ما إذا كانت يُفصِّها كلُّ واطي؛ لأنَّه كالرَّتق، وحمل الثاني على ما إذا احتملت وطء نحيف مثلها، ويجرى مثل ذلك في عبالة الرجل كما قاله الإسنوي، فيفصل بين ألا يطيق آلتَه أحدٌ من النساء فلها الفسخ، وبين أن يطيقها بعض النساء فلا فسخ، ويُفارق ما لو عنَّ عنها دون غيرها حيث (لا فسخ لها)^(٢) كما تقدَّم بأنَّ المانع هناك من جهته وهنا من جهتها؛ إذ لا عجز فيه، فليُتأمل.

ونقل الشَّيخان^(٣) عن أبي محمَّد وأقرَّاه ومُجلِّي عن محقِّقي الأصحاب وجزم به ابنُ الرُّفعة أنَّ المَرَضَ المُزْمِنَ الذي لا يُتَوَقَّعُ زواله ولا يَمُكِنُ الجِماعُ معه يَثْبُتُ به الخيار، ولو عَلِمَ العَيْبَ بعد زواله أو بعد المَوْتِ فلا خيار، وأنَّه حيثُ وَقَعَ الفسخُ فإن كان قبل الوطء فلا مهر، سواء قارَنَ العَيْبُ العقدَ أم حَدَثَ بعده، وإن كان بعده فإن كان بعيبٍ حادثٍ بعده وجَبَ المُسَمَّى، وإن كان بمُقارِنٍ للعقد أو بحادثٍ بينَ العقدِ والوطء أو بحادثٍ مع الوطء وجَبَ مهرُ المِثْلِ كما لو فسَخَ مع الوطء بمُقارِنٍ للعقد أو بحادثٍ بينَ العقدِ والوطء، كذا قرَّره شَيْخُ مشايخنا في «شرح منهجه»^(٤) وهو لا يُنافي كلامهم.



(١) الشرح الكبير (٨/٢٤٨، ١٠/٤٠٨).

(٢) في (ع)، (ن): «لها الفسخ»

(٣) الشرح الكبير (٨/١٦١)، وروضة الطالبين (٧/١٩٥).

(٤) فتح الوهاب شرح منہج الطلاب (٢/٥٩).

(فَصْلٌ) فِي الصَّدَاقِ

وَيَقَالُ لَهُ الْمَهْرُ وَالطَّوْلُ وَغَيْرُ ذَلِكَ.

(وَيُسْتَحَبُّ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ) وهو ما يَقَعُ التَّوَافُقُ عَلَيْهِ، وَسَيَأْي أَنَّهُ لَيْسَ لِأَقْلَهُ وَلَا لِأَكْثَرِهِ حَدٌّ مَعَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ أَي: ذِكْرُهُ (فِي النِّكَاحِ) أَي: الْعَقْدِ؛ لِلاتِّبَاعِ، وَلَا تَجِبُ لآيَةٍ ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾^(١)، وَقَدْ لَا يُسْتَحَبُّ، وَذَلِكَ فِيمَا إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ بَعِيدَهُ إِذْ لَا فَائِدَةَ فِيهَا.

وَقَدْ تَجِبُ لِعَارِضٍ كَمَا لَوْ كَانَتْ غَيْرَ جَائِزَةِ التَّصْرِيفِ، أَوْ مِلْكًا لِغَيْرِ جَائِزَةِ التَّصْرِيفِ، أَوْ أُذِنَتْ لَوَلِيِّهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا وَلَمْ تُفَوِّضْ، وَحَصَلَ الاتِّفَاقُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِ الزَّوْجَةِ فِي الصُّورِ الثَّلَاثِ، أَوْ كَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ جَائِزِ التَّصْرِيفِ، وَحَصَلَ الاتِّفَاقُ عَلَى أَقَلِّ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِ الزَّوْجَةِ، وَأَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ بِالتَّوَافُقِ قَبْلَ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَهُ فِي اسْتِحْبَابِ أَوْ التَّرَامِ، وَهُوَ كَذَلِكَ حَتَّى لَوْ خَالَفَ الْمُسَمَّى فِيهِ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ كَانَ هُوَ الْمُعْتَبَرُ.

(فَإِنْ لَمْ يُسَمَّ) الْمَهْرُ بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ فِي النِّكَاحِ بِأَنْ تَحَلَّ عَنْ ذِكْرِ الْعَوَاضِ كَثَرَةَ ذَلِكَ، وَ(صَحَّ النِّكَاحُ) لِمَا تَقَدَّمَ، (وَو) حَيْثُ إِذَا لَمْ يَجْرِ تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ بِأَنْ لَمْ يَجْرِ تَفْوِيضٌ مُطْلَقًا أَوْ جَرَى تَفْوِيضٌ فَاسِدٌ (وَجِبَ الْمَهْرُ) أَي: مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْعَقْدِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ مَا لَوْ فَسَدَ الْمُسَمَّى؛ كَأَنْ كَانَ مَجْهُولًا لِأَحَدِهِمَا كـ «زَوَّجْتُكَ بِمَا شِئْتَ»، وَقَدْ جُهِلَ عِنْدَ الْإِجَابِ مَشِئَتُهُ، أَوْ غَيْرَ مَمْلُوكٍ؛ كَحُرٍّ وَمَغْصُوبٍ وَخَمِيرٍ وَدَمٍ، سَوَاءً أَوْ صَفَهُ بِوَصْفِهِ أَمْ بِغَيْرِهِ، أَمْ تَرَكَ وَصْفَهُ مُطْلَقًا، أَوْ دُونَ الْمَأْمُورِ بِهِ مِنْ مَعْتَبَرَةِ الْإِذْنِ، أَوْ دُونَ مَهْرٍ مِثْلِهَا حَيْثُ أُطْلِقَتِ الْإِذْنُ، أَوْ لَمْ

تَكُنْ مَعْتَبَرَةً، أَوْ شَرَطَ فِي الْمَهْرِ خِيَارًا، وَفِي النِّكَاحِ مَا يَخَالِفُ مُقْتَضَاهُ وَلَا يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ الْأَصْلِيِّ كَشَرَطِ الْأَلَّا بِتَزْوِجِ عَلَيْهَا أَوْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا أَوْ لَا يُسَافِرَ بِهَا أَي: حَيْثُ وَجِبَ السَّفَرُ بِهَا كَسَفَرِ النِّقْلَةِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، أَوْ أَنْ يُسَكِّنَهَا مَعَ صَرَّتِهَا، بِخِلَافِ شَرَطِ مَا يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ الْأَصْلِيِّ، كَأَنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي النِّكَاحِ.

نَعَمْ إِنْ شَرَطَهُ عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِ عَيْبٍ لَمْ يَضُرَّ كَمَا قَالَ بَعْضُهُمْ؛ لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ أَوْ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْوُطْءِ أَوْ بَعْدَهُ، أَوْ أَنَّهُ إِذَا وَطِئَ بَانَتْ مِنْهُ، أَوْ فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا أَوْ أَنْ نَفَقَّتْهَا عَلَى غَيْرِهِ.

نَعَمْ إِنْ شَرَطَ ذَلِكَ عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِ مُقْتَضِيهِ كَمَا لَوْ وَجِبَ إِعْفَاؤُهُ وَنَفَقَتُهَا عَلَى فَرْعِهِ لَمْ يَضُرَّ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، أَوْ الْأَلَّا يَطَّأَهَا أَصْلًا، أَوْ إِلَّا نَهَارًا، أَوْ إِلَّا مَرَّةً مِثْلًا، فَإِنَّهُ يُفْسِدُ النِّكَاحَ سِوَاءَ كَانَ الشَّارِطُ هِيَ الزَّوْجَةُ وَكَانَتْ تَحْتَمِلُ الْوُطْءَ أَوْ كَانَ هُوَ الشَّارِطُ فَإِنْ كَانَتْ هِيَ لَكُنْهَا لَا تَحْتَمِلُهُ أَبَدًا، أَوْ فِي الْحَالِ فَشَرَطَتْ تَرْكَهُ أَبَدًا، أَوْ إِلَى احْتِمَالِهَا فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ، فَإِنْ أَطْلَقَتْ الشَّرْطَ فِيهِ نَظَرٌ.

وَبَحَثَ الزَّرْكَشِيُّ^(١) فِيمَا لَوْ كَانَ الزَّوْجُ مَمْسُوحًا أَنَّهُ لَا يَضُرُّ شَرْطُهَا تَرْكَ الْوُطْءِ، وَظَاهِرٌ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ شَرْطِهَا الشَّرْطُ مِنْ جِهَتِهَا بِأَنْ شَرَطَهُ وَلِئِذَا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ؛ إِذِ الشَّرْطُ الْمُفْسِدُ إِنَّمَا يُؤَثِّرُ إِذَا وَقَعَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَإِنْ جَرَى تَفْوِضٌ صَحِيحٌ صَحَّ النِّكَاحُ أَيْضًا، وَوَجِبَ الْمَهْرُ، لَكِنْ لَا بِالْعَقْدِ، بَلْ بِإِثْلَاقِهِ أَشْيَاءَ) أَي: بِوَاحِدٍ مِنْهَا، بِدَلِيلِ تَعْبِيرِهِ بـ«أَوْ» فِيمَا يَأْتِي، وَذَلِكَ بِأَنْ زَوَّجَ:

• مَوْلِيَّتُهُ الْمُحَرَّةَ الْمَكْلُوفَةَ الرَّشِيدَةَ الْقَائِلَةَ لَهُ: «زَوِّجْنِي بِلَا مَهْرٍ»، أَوْ «عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لِي» وَنَفَى الْمَهْرَ، أَوْ سَكَتَ عَنْهُ، أَوْ سَمَّى دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ عَرَضًا، أَوْ غَيْرَ نَقْدِ الْبَلَدِ وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ كُلِّ مِنْهُمَا أَضْعَافَ مَهْرِ الْمِثْلِ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ،

(١) يَنْظُرُ: «أَسَى الْمَطَالِبِ» (١٥٦/٣)

* أو أَمَتَهُ غَيْرَ الْمُكَاتَبَةِ ونَحْوَهَا وَنَفَى الْمَهْرَ أَوْ سَكَتَ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَبَةِ كِتَابَةً صَحِيحَةً، فَلَا بَدَّ مِنْ إِذْنِهَا أَيْضًا فِي نَفْيِ الْمَهْرِ، وَالْمَوْصَى بِمَنْفَعَتِهَا، فَإِنَّ الْقِيَاسَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ إِذْنُ الْمَوْصَى لَهُ فِي ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَهْرَهَا لَهُ كَمَا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ إِذْنُ الْمُتَوَقِّفِ عَلَيْهِ فِيهِ بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ، وَأَمَّا الْمَأْذُونَةُ الْمَدْيُونَةُ فَقِيَاسُ عَدَمِ تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِمَهْرِهَا صَحَّةً تَفْوِيزِ سَيِّدِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَإِذْنِ الْغُرَمَاءِ، لَكِنَّهُ فِي «الْخَادِمِ» أُطْلِقَ اسْتِثْنَاءُهَا.

ولو سَكَتَ السَّيِّدُ عَنِ الْمَهْرِ فِي تَوْكِيلِهِ بِتَزْوِيجِ أَمَتِهِ فَالْمُتَّجِهُ وَهُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ ابْنِ الرَّفْعَةِ أَنَّهُ لَا تَفْوِيزَ.

ولو كَانَتِ الْمُؤَلِيَّةُ الْمَذْكُورَةُ مَرِيضَةً صَحَّ تَفْوِيزُهَا إِنْ بَرَأَتْ مِنْ مَرَضِهَا، فَإِنْ مَاتَتْ مِنْهُ قَالَ بَعْضُهُمْ: كَانَ تَبَرُّعًا عَلَى الْوَارِثِ، فَإِنْ لَمْ تُجْزِ الْوَرِثَةُ فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ أَيْ: بِالْعَقْدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَتِ الْوَرِثَةُ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْمَوْتِ كَمَا سَيَأْتِي.

ولو كَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ وَارِثٍ، فَقِيَاسُ مَا ذَكَرُوهُ - فِيمَا لَوْ نَكَحَتْ الْمَرِيضَةُ بِمُحَابَاةٍ مِنْ أَنَّهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ - صَحَّةُ التَّفْوِيزِ، فَلَا يَجِبُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ شَيْءٌ.

ولو زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ بِإِذْنِهَا عَلَى أَنَّ لَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ وَطِئَ الزَّوْجُ أَوْ عَلَى أَنَّ لَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةً، أَوْ عَلَى أَنَّ مَهْرَ لَهَا وَتُعْطَى الزَّوْجُ أَلْفًا كَانَ تَفْوِيزًا عَلَى أَحَدِ وَجْهَيْنِ فِي الْأَوَّلَى وَهُوَ الْمُتَّجِهُ.

وَلَا أَثَرُ:

* لَتَفْوِيزِ الْأَمَةِ وَغَيْرِ الْمُكَلَّفَةِ وَالسَّفِيهِةِ، نَعَمْ يَسْتَفِيدُ بِهِ الْوَلِيُّ مِنَ السَّفِيهِةِ الْإِذْنَ فِي تَزْوِيجِهَا،

* وَلَا لِسُكُوتِ الْحُرَّةِ الْمُكَلَّفَةِ الرَّشِيدَةِ عَنِ الْمَهْرِ فِي الْإِذْنِ، كَمَا رَجَّحَ فِي

«الشرح الصغير» واقتضاه كلام «الروضة»^(١) و«أصلها»^(٢)؛ لأن النكاح يُعقد غالباً بمهر، فيحمل الإذن على العادة،

* ولا لإذنها في نفسي المهر إذا عقد الولي بمهر المثل من نقد البلد، ولو سمى السيد دون مهر المثل أو غير نقد البلد وجب ما سمّاه.

(١) والثلاثة الأشياء أي: الواحد منها (أن يفرض الزوج على نفسه) بموافقتها عليه وإن جهلا مهر المثل، أو فرض أزيد منه أو دونه أو مؤجلاً، فإن لم توافقه فكأنه لم يفرض؛ لأنه حق يجب لها فتوقف على رضاها كالتسمية في العقد، وشمل اعتبارهم موافقتها ما إذا فرض لها مهر مثليها حالاً من نقد البلد، لكن قال الأذرع^(٣): إن القياس الذي لا يتقدح غيره عدم اعتبارها حينئذ؛ لأنه عبث ويحمل كلامهم على غير هذه الصورة. انتهى.

وللمفوضة قبل الوطء لا بعده مطالبة الزوج بفرض المهر وإقباضه، وحبس نفسها إليهما، وقد يستشكل^(٤) الحبس هنا على عدم الحبس بالمسمى المؤجل، وإن حل قبل التسليم فإن المسامحة بالمهر بالكلية إن لم تزد على المسامحة بتأجيله لم تنقض عنها، إذ ليس معنى التفويض المسامحة بذكر المهر في العقد بل المسامحة به مطلقاً، ولذا قيل بعدم الحبس هنا نظراً لذلك على أن من صور التفويض أن يآذن في التزويج بلا مهر وإن وطئ كما تقدم.

(٢) (أو يفرض الحاكم) عند امتناع الزوج من الفرض أو تنازعهما في قدر ما يفرض بأن يفرض مهر المثل حالاً وإن أطردت عادة مثليها بتأجيله من نقد البلد لا أزيد من مهر المثل ولا أنقص منه ولا مؤجلاً، ولا من غير نقد البلد

(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٤).

(٤) في (ع): «يشكل».

(١) «روضة الطالين» (٧/ ٢٧٩).

(٣) «قوت المحتاج» (٦/ ٤٩).

وإن رَضِيَتْ بذلك، نَعَمْ القَدْرُ اليسيرُ الذي يُحْتَمَلُ عادةً لا اعتَبَارُ به في زيادةٍ أو نقصٍ كالتَّفَاوُتِ بَيْنَ الحالِّ والمُؤَجَّلِ فيما لو اطرَدَتْ عادةٌ مثلُها بالتَّأجيلِ، فلو كان مَهْرُ مثلِها مئةً مُؤَجَّلَةً تعدَّلُ تِسْعِينَ حالةً لم يفرض إلا تِسْعِينَ حالةً.

وعُلِمَ بما تَقَرَّرَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ عِلْمُ الحاكمِ بقَدْرِ مَهْرِ مثلِها لِيُمكنَهُ الاحتِرازُ عَنِ الزِّيَادَةِ والنَّقْصِ، ولو جَرَتْ عادةٌ نَاحِيَةً بِفَرْضِ الثَّيَابِ أو غَيْرِها جازًا للحاكمِ فَرَضُ ذلكَ، ذَكَرَهُ الصَّبِيرِيُّ وأَقْرَهُ الزُّرْكَشِيُّ وغيرُهُ، لكن حَمَلَهُ الأَذْرَعِيُّ^(١) بَعْدَ رَدِّهِ بِمُخَالَفَتِهِ لِنَصِّ «الْأَمِّ» على ما إذا كانوا لا يتعاملون بنقْدٍ.

ولا يَتَوَقَّفُ لزومُ ما يفرضُه على رِضاها، فَإِنَّهُ حَكَمَ مِنْهُ، وحَكَمَهُ لا يَتَوَقَّفُ لزومُهُ على رِضا الخصمَيْنِ.

فَرَعَ: قال صَاحِبُ «الْبَيَانِ»^(٢): إِذَا زَوَّجَ مَوْلِيَّتَهُ بِأَرْضٍ أو عَرْضٍ أو بغيرِ نَقْدِ البَلَدِ فَالَّذِي يَقْتَضِيهِ القِيَّاسُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ أَبَا أو جَدًّا أو المَنْكُوحَةَ صَغِيرَةً أو مَجْنُونَةً صَحَّ المَهْرُ إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ قَدْرَ مَهْرِها، كما يَجُوزُ أَنْ يَتَنَاعَهَ بِمالِها، وَإِنْ كَانَتْ بِالغَةِ عَاقِلَةً أو كَانَ الوَلِيُّ غَيْرَهُما لم يَصَحَّ بغيرِ إِذْنِها؛ إِذْ لا وِلَايَةَ لَهُ على مالِها، وَإِنَّمَا وِلَايَتُهُ على عَقْدِ النِّكَاحِ بنَقْدِ البَلَدِ، وَإِنْ كَانَتْ مَجْنُونَةً وولَّيَها الحاكمُ صَحَّ إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ قَدْرَ مَهْرِ مثلِها أَي: والمصلحةُ لها فيه. انْتَهَى.

وخرَجَ بِالزَّوْجِ والحاكِمِ: غَيْرُهُما، فلا يَجُوزُ فَرَضُهُ استِقْلالًا، فَإِنْ أُذِنَ لَهُ الزَّوْجُ جازًا قَطْعًا، صَرَّحَ بِهِ القَاضِي مُعْجَلِي، واقتضاهُ كَلامُ غَيْرِهِ، وظاهرُ أَنَّ الوَلِيَّ كَالْمَأْذُونِ لَهُ.

(٣) (أَوْ يَدْخُلُ بِهَا) بِأَنْ يَطَّأَهَا وَلَوْ فِي الدُّبْرِ (فَيَحِبُّ مَهْرُ المِثْلِ) أَكْثَرَ مَا

(١) «قوت المحتاج» (٤٩/٦).

(٢) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٨٥/٩).

كان من العقد إلى الوطء كما صحَّحه في «أصل الروضة»^(١)، وصحَّح في «المنهاج»^(٢) كـ «المحرر» و«الشرح الصغير» ونقله في «الكبير» في سراية العتق عن اعتبار الأكثرين اعتبار يوم العقد.

نعم لو نكح في الكفر مفوضة ثم أسلموا واعتقدوا أنهم أن لا مهر للمفوضة بحال ثم وطئ فلا شيء لها؛ لأنه استحق وطئا بلا مهر، فأشبه ما لو زوج أمته عنده، ثم أعتقها أو أحدهما أو باعها ثم وطئها الزوج.

وقضية ذلك أنه ليس لها حبس ولا مطالبة بفرض، وكالدخول بها موت أحدهما كما صحَّحه في «الروضة»^(٣) و«المنهاج»^(٤)، خلافا لما في «المحرر» وغيره، فيجب مهر المثل، وهل المعتبر فيه حال العقد أو حال الموت أو أكثرهما؟^(٥) فيه في «الروضة»^(٦) و«أصلها»^(٧) ثلاثة أوجه بلا ترجيح، وينبغي جريانها في فرض القاضي أيضا.

(وَلَيْسَ لِأَقْلَ الصَّدَاقِ) أي: ما يصحُّ كونه صداقا، (وَلَا لَأَكْثَرِهِ حَدٌّ) معين بعد اعتبار كونه متمولا وإن كان منفعة كما ذكره بقوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى مَنَفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ) للمتعاقدين؛ كسكنى داره سنة، وتعليمها القرآن، أو بعضا معينا منه، أو من الفقه، أو من الشعر المباح، بخلاف ما لا يتمول لقلته، ومثله الصيمري بالنواة والحصاة وقشرة البصلة وقمع الباذنجان، أو عدم ماليته كترك السفعة وحد القذف، فلا يصحُّ كونه صداقا كالمنفعة المجهولة، فلو عقد بشيء من ذلك فسدت التسمية، ويسنُّ ألا ينقص عن عشرة دراهم خالصة؛

(٢) «المنهاج الطالبين» (ص ٢٢٠).

(٤) «المنهاج الطالبين» (ص ٢٢٠).

(٦) «روضة الطالبين» (٧/ ٢٨٢).

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٦).

(٣) «روضة الطالبين» (٧/ ٢٨٢).

(٥) كتب فوقه في (ع): «معتد».

(٧) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٩).

لأنَّ أبا حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا يُجَوِّزُ أَقْلَ مِنْهَا، وَأَلَّا يُزَادَ عَلَى خُمُسٍ مِثْلَ خَالِصَةٍ
صَدَاقِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِأَزْوَاجِهِ كَمَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) عَنْ عَائِشَةَ.

(وَيَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ) وَإِنْ بَاشَرَتْهُ الزَّوْجَةُ بِالتَّفْوِضِ إِلَيْهَا أَوِ التَّسْمِيَةِ فِي الْإِبْلَاءِ
عِنْدَ فِرَاقِ مُدَّتِهِ (قَبْلَ الدُّخُولِ) أَيِ: الْوَطْءِ وَلَوْ فِي الدُّبْرِ، وَلِنْحَوِ الْحَائِضِ (نِصْفُ
الْمَهْرِ) أَيِ: الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ مِنَ الْمُسَمَّى، أَوْ مَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَ فُسَادِ
الْمُسَمَّى، أَوْ بِالْفَرْضِ الصَّحِيحِ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ الْحَاكِمِ، بِخِلَافِ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ،
إِذَا لَا يُوْجِبُ مَهْرًا حَتَّى يَسْقُطَ نِصْفُهُ حَتَّى مَعَ أَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ مَعَهُ طَلَاقٌ، وَالْفَرْضُ
الْفَاسِدُ كَفَرْضِ الْخَمْرِ إِذَا لَا اعْتِبَارَ بِهِ، فَلَا يُؤَثِّرُ تَشْطِيرُ الْمَهْرِ بِالطَّلَاقِ، فَعَلِمَ أَنَّهُ
لَا مَهْرٌ لِلْمُفَوَّضَةِ إِذَا طَلَّقَتْ قَبْلَ الْفَرْضِ وَالْوَطْءِ.

فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ دَيْنًا عِنْدَ الطَّلَاقِ بِرَأْيٍ مِنْ نِصْفِهِ، فَإِنْ كَانَتْ أُبْرَأَتْ مِنْهُ لَمْ
يَرْجَعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْخُذْ مِنْهُ مَالًا وَلَمْ تَتَحَصَّلْ عَلَى شَيْءٍ، أَوْ مَنْفَعَةٍ
لَمْ تُسْتَوْفَ سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُهَا، وَإِنْ اسْتَوْفِيَتْ رَجَعَ بِنِصْفِ بَدْلِهَا.

فَلَوْ كَانَتْ خِيَاطَةً ثَوْبٍ مَعْلُومٍ فَطَلَّقَ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ فَعَلَيْهِ خِيَاطَةُ نِصْفِهِ إِنْ
انْضَبَطَ، وَإِلَّا فَنِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ بَعْدَهَا رَجَعَ بِنِصْفِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ.

أَوْ رَدَّ عَبْدَهَا مِنْ مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ، فَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَ رَدِّهِ فَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَى نِصْفِ
الطَّرِيقِ بِاعْتِبَارِ الْمُؤَنَةِ لَا الْمَسَافَةِ، وَتَسْلِيمُهُ هُنَاكَ لِحَاكِمٍ وَنَحْوِهِ كَوَلِيِّ وَوَكِيلٍ
إِنْ أَمَكَنَّ، وَإِلَّا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَيْهَا وَلَهُ عَلَيْهَا نِصْفُ الْأَجْرَةِ إِنْ لَمْ يَتَبَرَّغْ بِهِ، أَوْ بَعْدَ
رَدِّهِ رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الْأَجْرَةِ.

أَوْ تَعْلِيمَهَا فَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَهُ تَعَذَّرَ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ، وَلَا يُؤْمَنُ الْوُقُوعُ

في التَّهْمَةِ وَالْخَلْوَةِ الْمُحَرَّمَةِ لَوْ جَوَّزْنَا التَّعْلِيمَ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ مِنْ غَيْرِ خَلْوَةٍ،
أَوْ بَعْدَهُ رَجَعَ عَلَيْهَا بِنَصْفِ أَجْرَتِهِ.

أَوْ عَيْنًا لَمْ تُقْبَضْ رَجَعَ نَصْفُهَا إِلَى مَلِكِهِ، أَوْ قَبِضَتْ فَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً أَصْلًا
حَسًّا أَوْ شَرْعًا وَلَوْ بَانْتِقَالِهَا عَنْ مَلِكِهَا بِيَعٍ فِيهِ خِيَارٌ وَهَبَةٌ مَقْبُوضَةٌ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ
بِتَدْبِيرِهَا أَوْ تَعْلِيلٍ عَتَقَهَا بِصَفَةٍ وَهِيَ مُوسِرَةٌ، أَوْ بِرَهْنِهَا مَعَ إِقْبَاضِهَا أَوْ إِجَارَتِهَا أَوْ
تَرْوِيحِهَا إِذَا لَمْ يَصِيرَ إِلَى انْفِكَائِ الرَّهْنِ وَانْقِضَاءِ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ وَزَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ،
أَوْ أَجَابَ إِلَى الصَّبْرِ لَكِنَّهُ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ، ثُمَّ رَدَّهَا لِلْمُسْتَحَقِّ^(١) لَتَبَرَأَ هِيَ
مِنْ ضَمَانِهَا فَلَهُ نَصْفُ بَدْلِهَا مِنْ مِثْلِهَا أَوْ قِيمَةِ يَوْمِ تَلْفِهَا إِنْ كَانَ بَعْدَ الْفُرْقَةِ،
وَأَقْلُ قِيمَتِهَا مِنَ الْقَبْضِ إِلَى التَّلْفِ إِنْ كَانَ قَبْلَهَا.

وَالْتَعْبِيرُ بِنَصْفِ الْقِيمَةِ ذَكَرَهُ الْجُمْهُورُ، قَالَ الْإِمَامُ: وَفِيهِ تَسَاهُلٌ، وَإِنَّمَا هُوَ
قِيمَةٌ^(٢) النَّصْفِ وَهِيَ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ.

أَوْ مَوْجُودَةٌ فِي يَدِهَا وَلَوْ بَعْدَ زَوَالِ مَلِكِهَا عَنْهَا اسْتَرَدَّ نَصْفَهَا، أَوْ كَانَ التَّالِفُ
بَعْضَهَا فَقَطْ كَمَوْتِ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ أَوْ هَيْبَةٍ وَإِقْبَاضِهِ مِنَ الزَّوْجِ، فَلَهُ نَصْفُ الْبَاقِي
وَنَصْفُ بَدْلِ التَّالِفِ.

وَهَلْ يَجْرِي نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْمَنْفَعَةِ حَتَّى لَوْ قَبِضَتْ الدَّارُ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ
ثُمَّ طَلَّقَتْ بَعْدَ مُضِيِّ سَنَةٍ أَوْ أَشْهُرٍ مِنْ غَيْرِ انْتِفَاعٍ مِنْهَا بِهَا، فَلَهُ نَصْفُ مَنْفَعَةِ السَّنَةِ
الْبَاقِيَةِ وَنَصْفُ أَجْرِ السَّنَةِ الْفَائِتَةِ؟

فِيهِ نَظَرٌ، وَلَا يَبْعُدُ جَرِيَانُ ذَلِكَ وَإِنْ اسْتَوْفَتْ مَنْفَعَةُ السَّنَةِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ
الْمَنْفَعَةَ بِاسْتِيفَائِهَا تَصِيرُ تَالِفَةً، فَهِيَ تَالِفَةٌ عِنْدَ الطَّلَاقِ بَعْدَ قَبْضِهَا، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(١) فِي هَامِشٍ (ع): «أَيُّ: نَحْوِ الرَّاهِنِ».

(٢) كَتَبَ فَوْقَهُ فِي (ع) «مَعْتَمِدٌ».

وإن نَقَصَتْ بَعْدَ الْفِرَاقِ فَلَهُ أَرْضُ النِّقْصِ إِنْ حَصَلَ فِي يَدِهَا وَلَوْ بَلَا تَعْدُّ أَوْ قَبْلَ الْفِرَاقِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ قَبْضِهَا فَإِنْ قَنَعَ بِهَا رَجَعَ فِي نَصْفِهَا بَلَا أَرْضٍ، وَإِلَّا أَخَذَ نَصْفَ بَدْلِهَا سَلِيمًا، أَوْ قَبْلَ قَبْضِهَا بِأَنْ رَضِيََتْ بِهَا فَلَهُ نَصْفُهَا نَاقِصًا بَلَا أَرْضٍ، نَعَمْ إِنْ كَانَ بَجْنَانِيَّةٍ مَضمُومَةٍ لِلزَّوْجَةِ بِأَنْ كَانَتْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ فِي يَدِهَا أَوْ يَدِ الزَّوْجِ أَوْ مِنَ الزَّوْجِ فِي يَدِهَا فَلَهُ نَصْفُ الْأَرْضِ، وَإِنْ أَبْرَأَتِ الْجَانِيَّ مِنْهُ.

وإن زَادَتْ زِيَادَةً مُنفَصِلَةً كَوَلِيدٍ فَهِيَ لَهَا، سِوَاءُ حَصَلَتْ فِي يَدِهَا أَوْ فِي يَدِهِ، فَيَسْتَرِدُّ نَصْفَ الْأَصْلِ فَقَطُّ، نَعَمْ إِنْ حَصَلَ بِاسْتِرْدَادِهِ تَفْرِيقٌ مُحَرَّمٌ عُذِلَ إِلَى نَصْفِ الْقِيَمَةِ.

أَوْ مُتَّصِلَةً كَتَعْلِيمٍ صَنِيعَةٍ، فَإِنْ شَحَّتْ بِهَا فَلَهُ نَصْفُ قِيَمَةِ الْأَصْلِ فَقَطُّ، وَإِنْ سَمَحَتْ بِهَا لِزِمَةِ قَبُولِهَا، وَلَيْسَ لَهُ طَلَبُ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ نَقَضَتْ وَزَادَتْ كَكَيْسٍ الْعَبْدِ، فَإِنْ تَرَضِيََا عَلَى نَصْفِ الْعَيْنِ فَذَاكَ، وَإِلَّا فَلَهُ نَصْفُ قِيَمَةِ الْأَصْلِ خَالِيًا عَنِ الزِّيَادَةِ وَالنِّقْصِ، وَلَا تُجَبِّرُ هِيَ عَلَى دَفْعِ نَصْفِ الْعَيْنِ وَلَا هُوَ عَلَى قَبُولِهَا. فظَهَرَ بِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالسَّقُوطِ مَا يَعُمُّ الرُّجُوعَ فَيَتَنَاوَلُ الْمَهْرَ الْمُعَيَّنَ فِي الْعَقْدِ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْمُرَادُ الرُّجُوعُ إِلَى الزَّوْجِ إِنْ أَدَّى مِنْ مَالِهِ، وَإِلَى غَيْرِهِ إِنْ أَدَّى عَنْهُ إِلَّا الْوَالِدَ وَإِنْ عَلَا إِذَا أَدَّى عَنْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ أَوْ الْمَجْنُونِ لَا بِقَصْدِ إِقْرَاضِهِ، ثُمَّ بَلَغَ أَوْ أَفَاقَ وَطَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَإِنَّ الرُّجُوعَ إِلَى الْوَلَدِ دُونَ الْوَالِدِ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ يَتَمَلَّكُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ فِدْفَعَهُ عَنْهُ تَمَلُّكُهُ لَهُ.

وَقَضِيَّةُ ذَلِكَ: أَنَّ السَّفِيَةَ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، فَلَوْ كَانَ الْوَالِدُ أُمَهَرَّ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ حَصَلَ الطَّلَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَبِضَ الْمَهْرَ كَانَ نَصْفُهُ لِلزَّوْجَةِ وَنَصْفُهُ لِلْوَلَدِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْ تَرَكَّتِهِ، وَلَوْ لَزِمَهُ إِعْفَافُ الْوَالِدِ فَأُمَهَرَّ عَنْهُ ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَإِنْ اسْتَمَرَ وَجُوبُ الْمُعَارَقَةِ كَانَ الرَّاجِعُ إِلَيْهِ دُونَ وَلَدِهِ

ولو كان الزوج عبداً فعتق أو بيع ثم طلق قبل الدخول وقد أدى المهر من كسبه ومال تجارته قبل العتق والبيع، رجع النصف إليه أو إلى المشتري دون المعتق والبائع.

فلو كان المهر رقبته بأن أذن له سيده أن يتزوج برقبته ففعل، فإنه يصح ويجتمع الزوجان في ملك مالك الزوجة، رجع العتق أو المشتري بقيمة نصف الزوج على المعتق أو البائع كذا ذكره الشيخان^(١) وغيرهما، وظاهره أنه تفرغ على القول بالرجوع إلى غير الزوج إذا أدى عنه، فيكون مستثنى أيضاً مما سبق، ولعل وجه قوة الربط بين العبد وسيده، ولذا تعلق بنحو كسبه ومال تجارته مؤن النكاح من مهر وغيره، وخالف بعضهم ففرغ ذلك على غير القول المذكور.

وكالطلاق قبل الدخول في سقوط نصف المهر كل فرقة في الحياة لا تكون بسبب الزوجة، كسواء الزوج لها، ولعانه إذا قذفها، بخلاف ما يكون بسببها كفسخ أحدهما بعيب الآخر وفسخها بعثقها، فتسقط جميع المهر.

وخارج بفرقة الحياة الفرقة بالموت، فلا يسقط بها شيء، فعلم أن كلاً من الوطء - ولو حراماً - والموت يقرر المهر، نعم لو قتلت الأمة^(٢) نفسها أو قتلها سيدها أو قتلت الحرة زوجها فلا مهر لها، وكذا لو أعتقها في مرض موته من لا يملك غيرها وتزوجت وأجازت الورثة كما قاله في «البيان»^(٣).

والمراد بتقريره بما ذكر عدم تطرق السقوط إليه أو إلى نصفه بطلاق أو فسخ، فلا ينافي أنه لو تلف المسمى قبل قبضه أو فسخ النكاح بسبب سابق

(١) «الشرح الكبير» (٢٦٦/٨)، و«روضة الطالبين» (٧/٢٧٢).

(٢) في (ح) «المرأة».

(٣) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/٣٢٦).

على الوطء سقطَ المُسَمَّى ووجبَ مهرُ المثل، ونَبَّهَ الجليليُّ على أن الموتَ لا يُقرَّرُ المهرُ في النِّكَاحِ الفاسِدِ.

وكالموتِ منسُخٌ أحدهما حَجَرًا، فإن مُسِخَ حيوانًا ففي «التَّدریبِ»^(١) أنه إن كان هو الزَّوْجُ حَصَلَتِ الفُرْقَةُ بذلك، لكن لا يَسْقُطُ به شيءٌ مِنَ المهرِ، إذ لا يُمْكِنُ عودُ شيءٍ له؛ لانتفاءِ أهليَّةِ التَّمْلِكِ عنه، ولا لورثتِه؛ لأنَّه حيٌّ فيستمرُّ للزَّوْجَةِ.

وفارقَ المَسْخُ الرَّذَّةَ حيثُ توقَّفتِ الفُرْقَةُ بها على انقضاءِ العِدَّةِ إذا كان قبلَ الدُّخُولِ بأنَّ المُرْتَدَّ من جنسٍ مَن يَنْكِحُ والعادةُ جاريةٌ بَعْدَهُ إلى الإسلامِ، بخلافِ المَسْخِ فِيهِمَا، ويؤْخَذُ منه أنَّه لو ماتَ لم يورَثَ عنه الصَّدَاقُ؛ لأنَّها ملكتُه من غيرِ مُعارضٍ، وأنَّه لو عادَ آدميًا فالفُرْقَةُ بحالِها، وهل يعودُ ملكُه؟ فيه نظرٌ، وعدمُ العودِ غيرُ بعيدٍ.

ولو احتاجَ للإنفاقِ لم يُنفَقَ عليه مِنَ الصَّدَاقِ كما هو ظاهرٌ، ويُفَارِقُ المُرْتَدَّ حيثُ يُنفَقَ عليه من ماله، وإن قلنا بزوالِ ملكِه بأنَّه كان مالكًا له قبلَ الرَّذَّةِ فاستُصْحِبَتِ العِلَّةُ بالنِّسْبَةِ لِلنَّفَقَةِ، وبأنَّ المِلْكَ هناكَ لم يَتَقَلَّ إلى معيَّنٍ، بخلافِ ما هنا فيهما.

وإن كان هو الزَّوْجَةُ حَصَلَتِ الفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا وَرَجَعَ إلى الزَّوْجِ جَمِيعُ المهرِ وهو ظاهرٌ إن كان قبلَ الدُّخُولِ كما هو السَّيَاقُ، فإن كان بَعْدَهُ فَيَتَّجِعُ أنَّه مالٌ ضائعٌ؛ إذ لا جائزَ أن يرجعَ للزَّوْجِ لَعَدَمِ مُقتَضِيهِ، ولا أن يَتَقَلَّ للورثَةِ لوجودِ الحياةِ، ولا أن يَبْقَى لها لَعَدَمِ أهليَّتِها للمِلْكِ، فلو ماتَتْ بعدَ ذلكَ فَيَتَّجِعُ أنَّه لا يَتَغَيَّرُ هنا الحُكْمُ لَعَدَمِ المُغَيَّرِ.

(١) «التَّدریب في الفقه الشافعي» (٣/ ١٤٠).

ولو مُسِخَ بَعْضُ أَحَدِهِمَا حَجَرًا وَالبَعْضُ الْآخِرُ حَيَوَانًا، فَيَتَجَهَّ أَنْ يُقَالَ: إِنْ كَانَ فِيهِ خَاصِيَّةُ الْحَيَوَانِ مِنَ الْحَرَكَةِ وَالْإِحْسَاسِ فَلَهُ حُكْمُهُ، وَإِلَّا فَلَهُ حُكْمُ الْحَجَرِ.

(وَالْوَلِيمَةُ) مِنَ الْوَلَمِ، وَهُوَ الْاجْتِمَاعُ، وَهِيَ تَقَعُ عَلَى كُلِّ طَعَامٍ يَتَّخَذُ لِسُرُورِ حَدِيثٍ مِنْ عُرْسٍ وَإِمْلَاقٍ وَغَيْرِهِمَا، لَكِنْ اسْتَعْمَلَهَا مُطْلَقَةً فِي الْعُرْسِ أَشْهُرًا، وَفِي غَيْرِهِ تَقْيِيدًا، فَيُقَالُ: وَلِيمَةُ خَتَانٍ مَثَلًا.

(عَلَى الْعُرْسِ) أَي: لِأَجْلِهِ (مُسْتَحَبَّةٌ) عَلَى التَّأَكِيدِ؛ لِثَبُوتِهَا عَنْهُ ﷺ قَوْلًا وَفِعْلًا، وَأَمَرَهُ بِهَا مَحْمُولٌ عَلَى النَّدْبِ قِيَاسًا عَلَى الْأَصْحِيَّةِ وَسَائِرِ الْوَلَانِمِ.

ثُمَّ قَالَ فِي «التَّنْبِيهِ»^(١): وَبِأَيِّ شَيْءٍ أَوْلَمَ مِنَ الطَّعَامِ جَارَ، فَمَا فِي «الرَّوَضَةِ»^(٢) عَنْ ابْنِ الصَّبَّاحِ وَغَيْرِهِ مِنْ أَنَّ أَقْلَهَا لِلْمُكْثَرِ شَاءَ، وَلِغَيْرِهِ مَا قَدَرَ عَلَيْهِ، مَحْمُولٌ عَلَى أَقَلِّ الْكَمَالِ.

وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا بِالْعَقْدِ، وَالْأَفْضَلُ فَعْلُهَا لَيْلًا كَمَا نَقَلَهُ ابْنُ الصَّلَاحِ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ كَمَا صَحَّ عَنْهُ ﷺ فِي زَيْنَبَ وَصَفِيَّةَ، وَبَحَثَ الدِّمِيرِيُّ^(٣) أَنَّهَا آدَاءٌ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ فِي الْبَكْرِ وَثَلَاثَةِ فِي النَّثِيبِ، وَقَضَاءٌ فِيمَا زَادَ، وَيُحْتَمَلُ امْتِدَادُ آدَائِهَا مُطْلَقًا كَالْعَقِيقَةِ، فَلَوْ قَدَّمَهَا عَلَى الْعَقْدِ لَمْ تَكُنْ وَلِيمَةً عُرْسٍ، فَلَا تَجِبُ الْإِجَابَةُ.

وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ التَّسْرِي كَالنِّكَاحِ فِي اسْتِحْبَابِ الْوَلِيمَةِ وَوَجُوبِ الْإِجَابَةِ، وَقَدْ يُسْتَدَلُّ لَهُ بِتَرَدُّدِ الصَّحَابَةِ لَمَّا أَوْلَمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى صَفِيَّةَ فِي أَنَّهَا زَوْجَةٌ أَوْ سُرِّيَّةٌ، وَقَدْ تَمَنَّعَ^(٤) الدَّلَالَةُ لِإِمْكَانِ التَّرَدُّدِ مَعَ عَلَيْهِمُ بِمَشْرُوعِيَّةِ الْوَلِيمَةِ لِلزَّوْجَةِ وَتَرَدُّدِهِمْ فِي مَشْرُوعِيَّتِهَا لِلسَّرِّيَّةِ، فَتَأْمَلْ.

(٢) «روضة الطالبيين» (٧/ ٣٣٣).

(٤) فِي (ج) «وَيَمْتَنِعُ».

(١) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٦٨).

(٣) «الحكم الوهاج في شرح المهاج» (٧/ ٣٧٥).

وَأَنَّهُ يُسْتَحَبُّ تَعَدُّدُهَا بِتَعَدُّدِ الزَّوْجَاتِ وَلَوْ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ كَمَا فِي الْعَقِيقَةِ عَنْ
أَوْلَادٍ.

وَيُسْنَى أَلَّا يَخْلُوَ عَقْدُ النِّكَاحِ عَنْ شَيْءٍ خُلِيَ مِنْ سَكَّرٍ وَلَوْزٍ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ
الْعَادَةُ، صَرَّحَ بِهِ الْمُتَوَلَّى، وَذَلِكَ غَيْرُ وَلِيْمَةٍ الْعُرْسِ.

وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ: «عَلَى الْعُرْسِ» لَيْسَ لِلْاِحْتِرَازِ عَنْ غَيْرِهِ، إِذِ الْوَلِيْمَةُ مُسْتَحَبَّةٌ
بِغَيْرِ الْعُرْسِ أَيْضًا، بَلْ لَأَنَّ الْكَلَامَ فِيهِ، وَلَا اخْتِصَاصَ لِوَلِيْمَةِ الْعُرْسِ بِوَجُوبِ
الْإِجَابَةِ إِلَيْهَا.

(وَالْإِجَابَةُ إِلَيْهَا) بِأَنْ يَحْضُرَ الْمَدْعُو (وَاجِبَةٌ) وَجُوبَ عَيْنٍ عَلَى الْأَصَحِّ
بَشْرُوطٍ:

• منها: إِسْلَامُ كُلِّ مِنَ الدَّاعِي وَالْمَدْعُو، فَلَوْ دَعَى كَافِرٌ مُسْلِمًا لَمْ تَجِبْ،
وَكَذَا عَكْسُهُ كَمَا ذَكَرَهُ الْمَاوَرِدِيُّ^(١) وَالرُّوْيَانِيُّ^(٢)، فَيُحْتَمَلُ أَنَّ الْمُرَادَ نَفْيَ
وَجُوبِ الْمُطَالَبَةِ فِي الدُّنْيَا مَعَ الْمَعَاقِبَةِ فِي الْآخِرَةِ كَمَا فِي نِظَائِرِهِ، وَيُحْتَمَلُ
نَفْيَ الْوَجُوبِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ مَقَاصِدَ الْوَلِيْمَةِ تُنَافِي الْعَدَاوَةَ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ يُجَابُ
بِأَنَّهُ مَقْصَرٌّ بِتَمَكُّنِهِ مِنْ إِزَالَةِ الْعَدَاوَةِ بِالإِسْلَامِ، كَمَا وَجَبَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ بِتَمَكُّنِهِ
مِنْهُ بِأَنْ يَسْلِمَ، نَعَمْ تُسْنَى إِجَابَةُ الدَّعْوَى كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ، وَاخْتَارَ فِي
«الْقَوَاتِ» كِرَاهَتَهَا، إِلَّا لِحَوَارِ أَوْ رَجَاءِ إِسْلَامٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ.

قال الشَّيْخَانِ^(٣) هنا: وَتُكْرَهُ مَخَالَطَتُهُ، وَفِي الْجَزِيَةِ تَحْرُمُ مَوَدَّتُهُ، وَلَا مَنَافَاةَ
بَيْنَهُمَا كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ مَا هُنَا عِنْدَ انْتِفَاءِ الْمِيلِ الْقَلْبِيِّ، وَمَا هُنَاكَ عِنْدَ وَجُودِهِ.

(١) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (٥٥٨/٩ - ٥٥٩).

(٢) «بَحْرُ الْمَذْهَبِ» (٥٣٠/٩ - ٥٣١).

(٣) «الشرح الكبير» (٣٤٧/٨)، و«رُوضَةُ الطَّالِبِينَ» (٣٣٤/٧).

* ومنها أن يدعوه في اليوم الأول، فلو أولم ثلاثة أيام لم تجب في الثاني، لكن تستحب وتكره في الثالث. قال السبكي: ظاهر عبارة «التنبية» أنه سواء كان المدعو في اليوم الثالث هو المدعو في اليوم الأول أم لا، وظاهر عبارة «البيان»^(١) أنه إنما يكره إذا كان هو المدعو أو لا. قال: ولا تصريح في كلام أصحابنا بذلك، وإنما رأيت للمالكية فيه خلافاً. انتهى.

ومحل ذلك إذا أمكنه استيعاب الناس في اليوم الأول، فإن لم يمكنه استيعابهم فيه لكثرتهم أو ضيق منزله أو غيرهما، كان كوليمة واحدة دُعي الناس إليها أفواجا أفواجا، كما قاله الأذريعي^(٢).

وما إذا كانت زوجة واحدة، فلو نكح اليوم واحدة فأولم لها، ثم غداً ثانية فأولم لها ثم بعد غدٍ ثالثة فأولم لها، فالظاهر وجوب الإجابة في الثلاثة؛ لأن كل وليمة لا تعلق لها بالتالي قبلها كما لو تناول الفضل^(٣).

قال الرزكشي: ولو أولم في يوم مرتين، كانت الثانية كالיום الثاني^(٤). انتهى. ومحل أخذاً مما قبله إذا أمكنه استيعاب الناس في المرة الأولى.

* ومنها: أن تكون الدعوة عامة لنحو عشيرته أو جيرانه أو أهل حرفته وإن كانوا كلهم أغنياء، فإن خص الأغنياء منهم مثلاً لم تجب الإجابة حتى على الفقراء كما هو ظاهر، فليس المراد عموم الدعوة لجميع الناس لتعذره، بل الشرط ألا يظهر منه قصد التخصيص للأغنياء أو غيرهم، حتى لو كثرت عشيرته وخرجت عن الضبط أو كانوا فقراء لا يمكنه استيعابها لم يشترط التعميم، بل عدم ظهور قصد التخصيص كما بحثه الأذريعي^(٥).

(١) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٤٨٥).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٢٤).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٢٥).

(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٢).

(٥) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٤).

* ومنها: أن يعيّن المدعو بنفسه أو نائبه، فلو فتح بابه وقال: ليحضر من شاء أو من شاء فلان لم تجب الإجابة، بل قال الشافعي: ما أحب أن يجيب^(١).

* ومنها: أن تكون دعوته للتقرب أو التودد أو لا بقصد شيء، فإن دعاه لخوف منه لو لم يدعه، أو لطمع في جاهه أو نحو ذلك لم تجب إجابته.

* ومنها: ألا يكون في المدعو إليه شبهة، وينبغي أن يكون المراد ألا يعلم أن في ماله حراماً بحيث يُحتمل وجوده في المدعو إليه، فإن علم أن فيه ذلك لم تجب الإجابة، بل تكره إن علم أن أكثر ماله حراماً أخذاً من كراهة معاملته حينئذ، وظاهر أن من الشبهة ما لو ظن^(٢) في ماله حراماً، ولو علم أن طعام الوليمة حرام حرمت الإجابة إن أراد الأكل، وألا فينبغي التحريم أيضاً؛ لأن في الحضور إقراراً على معصية، ويظهر أن المراد^(٣) بالعلم في هذه المواضع ما يشمل الظن، وأنه لو ظن خلوص طعام الوليمة من الشبهة وجب الحضور وإن كان ما عداه من أمواله حراماً.

* ومنها: أن يدعوه في وقت استحباب الوليمة، كما بحثه في «التوشيح»، فإن دعاه في غير ذلك الوقت لم تجب إجابته.

* ومنها: أن يكون الداعي مطلق التصرف، فلو كان محجوراً عليه لم تجب إجابته وإن أذن الولي؛ لأنه مأمور بحفظ ماله دون إتلافه، ويؤخذ من ذلك أنه يحرم عليه اتخاذ وليمة لعرس المحجور من ماله، نعم إن اتخذها من مال نفسه وكان أباً أو جدّاً وجب الحضور كما بحثه الأذرع^(٤).

(١) «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٥٩).

(٢) في (ح)، (ن): «خمن». وفي (ع): «اشترى طعام الوليمة ممن».

(٣) في (ج). «مراده». وفي (ع): «يراد».

(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٨ - ١٣٩).

* ومنها: ألا يكون المدعو قاضياً، والحق به الأذرع^(١) والزر كشيء بحثاً كالماوردي^(٢) كل ذي ولاية عامة.

* ومنها: ألا يكون الداعي ظالماً أو فاسقاً أو شريراً أو متكلفاً طالباً للمباهاة والفخر، قاله في «الإحياء»^(٣)، ويؤيده ما ذكرناه في السلام عليه، وأشار الأذرع^(٤) إلى أن كل من جاز هجرانه لا تجب إجابته، وهو وجيه.

* ومنها: ألا يكون معذوراً، فإن كان معذوراً لم تجب إجابته كما ذكره بقوله: (إلا من عذر)، وهو في الحقيقة استثناء من المفهوم؛ أي: وإذا وجبت الإجابة امتنع التخلف إلا أن يكون لعذر من أعمار الجماعة، كما قاله في «البيان»^(٥) كأكل ذي ریح كريه، وشدة حر أو برد يمنع غيره من التصرف في حوائجه، قاله الماوردي^(٦) والرويان^(٧)، أو من غيرها كأن كان عبداً لم يأذن له سيده، أو مكاتباً يضرب حضوره بكسبه ولم يأذن له سيده، فإن أذن له وضر حضوره بكسبه ففي لزومها وجهان، أوجههما: اللزوم على ما بحثه بعضهم. وقد يوجه المنع بتضرره بفوات ما يحتاج إليه في دينه.

وقياس هذا المنع أيضاً في حق الحر إذا فوت حضوره كسبه المحتاج إليه في دينه، إلا أن يفرق بتأكيد أمر العتق وما يؤدى إليه، أو تعين عليه حق كصلاة جنازة وأداء شهادة وإجابة دعوة سابقة، فإن دعياه معاً أجاب الأقرب رجماً، ثم داراً، ثم أقرع.

(١) «قوت المحتاج» (١٣٩/٦).

(٢) «إحياء علوم الدين» (١٤/٢).

(٣) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٤٨٤/٩).

(٤) «محر المذهب» (٥٣٢/٩).

(٥) «الحاوي الكبير» (٤٣/١٦).

(٦) «قوت المحتاج» (١٣٨/٦).

(٧) «الحاوي الكبير» (٥٥٩/٩).

أو كان أمرَدَ جَمِيلًا يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْ رِيَّةٍ أَوْ هِمَةٍ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ^(١)، أَوْ تَرْتَبَ عَلَى إِجَابَتِهِ خَلْوَةٌ مُحَرَّمَةٌ؛ كَرَجُلٍ دَعَتْهُ أجنبيةٌ وليس هناك ما يمنعُ الخلوةَ المحرَّمةَ مِنْ مُحَرِّمِهَا أَوْ مُحَرِّمِهِ، أَوْ مَمْسُوحٍ أَوْ امْرَأَةٍ أُخْرَى، بخلافِ امْرَأَةٍ دَعَتْهَا امْرَأَةٌ فَتَجِبُ إِجَابَتُهَا بِأَذْنِ زَوْجِهَا أَوْ سَيِّدِهَا، أَوْ كَانَ هُنَاكَ مَنْ يَتَأَذَّى بِحُضُورِهِ، أَوْ لَا تَلِيْقُ بِهِ مَجَالِسَتُهُ كَالْأَرَاذِلِ.

وقولُ المَآوَرِدِيِّ^(٢): وَلَا يُعَدَّرُ بَعْدَاوَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّاعِي أَوْ غَيْرِهِ مِمَّنْ حَضَرَ. وَالرُّوْيَانِيُّ^(٣): لَا يُعَدَّرُ بِالزَّحَامِ الظَّاهِرِ. كَمَا قَالَ الْعِرَاقِيُّ^(٤) أَنَّهُ غَيْرُ مُعْتَمِدٍ، وَأَيْ تَأْذُّ أَشَدُّ مِنْ مَجَالِسَةِ الْعَدُوِّ وَالْكَلَامِ فِي زَحَامٍ لَا يُحْتَمَلُ عَادَةً كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ الْمَشَقَّةِ.

أَوْ كَانَ هُنَاكَ مَنَكْرٌ وَلَوْ فِي اعْتِقَادِ الْمَدْعُو فَقَطْ؛ كَفَرَشِ حَرِيرٍ لِلرِّجَالِ، وَشُرْبِ نَبِيذٍ، نَعَمْ يَجُوزُ الْحُضُورُ إِذَا اعْتَقَدَ الْفَاعِلُ الْجَوَازَ كَالْحَنْفِيِّ فِي الْمَثَالَيْنِ، لَكِنَّهُ إِذَا حَضَرَ لَا يَنْكِرُ كَمَا هُوَ مَعْلُومٌ مِنْ قَاعِدَةٍ أَنَّ شَرْطَ الْإِنْكَارِ كَوْنُ الْمَنْكِرِ مُجْمَعًا عَلَيْهِ، أَوْ يَعْتَقِدُ الْفَاعِلُ حَرَمَتَهُ.

وَقَضِيَّةُ ذَلِكَ: سَقُوطُ الْوُجُوبِ دُونَ الْجَوَازِ فِيمَا لَوْ كَانَ هُنَاكَ مَا لَكِيَّ يَتَطَهَّرُ بِالْمُسْتَعْمَلِ، أَوْ حَنْفِيٌّ يَتْرُكُ الطُّمَأْنِينَةَ فِي الصَّلَاةِ، وَلَوْ كَانَ الْفَاعِلُ يَرَى التَّحْرِيمَ دُونَ الْمَدْعُو، فَالْوَجْهُ سَقُوطُ الْوُجُوبِ وَحَرَمَةُ الْحُضُورِ، إِذَا حَضَرَ الْمَنْكِرُ وَلَوْ فِي اعْتِقَادِ الْفَاعِلِ فَقَطْ لَغَيْرِ إِنْكَارِهِ حَرَامٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِقْرَارًا عَلَى الْمَعْصِيَةِ، وَهُوَ حَرَامٌ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(٢) «العاوي الكبير» (٩/ ٥٥٩).

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٧).

(٤) «طرح الشريب في شرح التقريب» (٧/ ٧٧).

(٣) «محر المذهب» (٩/ ٥٣٢).

وفي «الأنوار»^(١): أَنَّ مِنَ الْمُنْكَرِ الْمُسْقُطِ لِلْإِجَابَةِ كَوْنُ النَّسَاءِ عَلَى السُّقُوفِ والمرافق.

وقضية كون ذلك منكراً تحريم الحضور كحُرْمَةِ حُضُورِ الْمُنْكَرِ لغير إزالته، لكن لا يبعد أن محله إذا ظنَّ تعمُّدَ نظرهم إلى الرِّجَالِ الْأَجَانِبِ، وإلا جاز، لكن هل يسقط الوجوب حينئذٍ لأنَّ حُضُورَهُمْ مغلنة المعصية؟ فيه نظر.



(١) «الأنوار» (٢/ ٤٥٢ - ٤٥٣).

(فَصْلٌ)

فِي حُكْمِ الْقَسَمِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ وَنُشُوزِهِنَّ

(وَالنَّشُوزُ فِي الْقَسَمِ) بفتح القاف (بَيْنَ الزَّوْجَاتِ) يعني الرَّوَجَتَيْنِ فَأَكْثَرُ وَلَوْ إِمَاءٌ وَكُتَابِيَّاتٌ وَمُزَاهِقَاتٌ وَذَوَاتِ رَتَقٍ وَخَيْضٍ وَاحِرَامٍ وَإِبِلَاءٍ وَظَهَارٍ وَجُدَامٍ وَبَرَصٍ وَمَرَضٍ وَجُنُونٍ أَمِنْ شَرِّهِ (وَاجِبَةٌ) عَلَى كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، وَلَوْ مُرَاهِقًا وَسَفِيهًا، فَإِنْ وَقَعَ جَوْرٌ مِنَ الْمُرَاهِقِ فَلَا تُثَمُّ عَلَيْهِ، أَوْ مِنَ السَّفِيهِ فَعَلَيْهِ إِنْ أَرَادَ الْمَبِيتَ وَلَوْ عِنْدَ بَعْضِهِنَّ، وَالْأَفْهَمُ لَا يَلْزَمُهُ ابْتِدَاءٌ، كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِاقتصاره عَلَى وَجوبِ التَّسْوِيَةِ فِيهِ، فَلَهُ الْإِعْرَاضُ عَنْهُنَّ ابْتِدَاءً وَبَعْدَ التَّسْوِيَةِ فِيهِ بَيْنَهُنَّ مَدَّةً؛ لِأَنَّ الْمَبِيتَ حَقُّهُ فَلَهُ تَرْكُهُ وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَبُّ خِلَافَهُ.

وَكَالزَّوْجِ وَلِيٍّ مُجْنُونٍ أَمِنْ ضَرَرِهِ عِنْدَ وَجُودِ الْمَصْلُحَةِ، كَأَنْ يَنْفَعَهُ الْجَمَاعُ بِقَوْلِ أَهْلِ الْخُبْرَةِ، أَوْ مَطَالِبَةِ بَعْضِ الزَّوْجَاتِ بِقَضَاءِ حَقِّهَا مِنْ قَسَمٍ وَقَعَ مِنْهُ، فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَى زَوْجَاتِهِ، أَوْ يَدْعُوهُنَّ إِلَى مَنْزِلِهِ أَوْ يَطُوفُ بِهِ عَلَى بَعْضِهِنَّ وَيَدْعُو بَعْضَهُنَّ إِلَى مَنْزِلِهِ بِحَسَبِ مَا يَرَى، كَذَا قَالَ الشَّيْخَانِ^(١)، وَحَمَلَهُ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٢) فِي الْأَخِيرَةِ عَلَى مَا إِذَا كَانَ لَهُ عَذْرٌ كَمَا فِي الْعَاقِلِ، وَلَوْ ضَرَّةُ الْجَمَاعِ أَوْ لَمْ يُؤْمَرْ بِضَرَرِهِ لَزِمَهُ مَنَعُهُ، بِخِلَافِ وَلِيِّ صَغِيرٍ لَا يَتَأَتَّى مِنْهُ الْوَطْءُ، وَلَا يَزُوجُ لِلْمَعَاشِرَةِ عَادَةً، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَيْهِنَّ كَمَا أَخَذَهُ الْبُلْفِيْنِيُّ مِنْ كَلَامِهِمْ.

وَالْمُرَادُ بِالْقَسَمِ الْمَبِيتِ عِنْدَهُنَّ، فَالْعَمْدَةُ فِي زَمَانِهِ هُوَ اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ، وَهُوَ أَوْلَى تَابِعٍ إِلَّا فِي حَقِّ مَنْ يَعْمَلُ لَيْلًا كَحَارِسٍ فَبِالْعَكْسِ، وَفِي حَقِّ الْمَسَافِرِ فَوْقَ التَّزْوُلِ لَيْلًا كَانَ أَوْ نَهَارًا، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ خُلُوتِهِ،

(١) «الشرح الكبير» (٨ / ٣٦١)، و«روضة الطالبين» (٧ / ٣٤٦).

(٢) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٣ / ٢٣٢).

ومن هنا بحث الأذرعي^(١) والزركشي فيمن لا تحصل خلوته إلا حال السير في محفة أو نحوها أن يكون المعتبر في حقه حال السير، فيلزم التسوية فيه، وإن نظر فيه بعضهم، وظاهره الاكتفاء بتوزيع مرات النزول وإن تفاوتت حتى لو كان النزول في نوبة واحدة نصف يوم وفي نوبة الأخرى ربعه كفى.

وقد يوجه بأن أوقات النزول لا تنضب وتشتق مراعاة^(٢) التفاوت فسومح فيه، ومحل هذا كما هو ظاهر في نزول لا يتأتى فيه القسم الواجب على المقيم، أما نزول يتأتى فيه ذلك كيومين بليلتيهما ومعه زوجتان مثلاً، وجب القسم بينهما كالمقيم، وامتنع تخصيص إحداهما بجميع هذا النزول.

وفي حق المجنون الذي تقطع جنونه وانضب كيوم ويوم، فوقت الإفاقة ليلاً كان أو نهاراً دون أيام الجنون، حتى لو أقام في الجنون عند واحدة فلا قضاء، كذا حكاه الشيخان^(٣) عن البغوي وغيره، ثم حكى عن أبي الفرج حكاية وجه أنه يقضي للباقيات، وعن المتولي واستحسنه أنه يراعي القسم في أيام الإفاقة ويراعيه الولي في أيام الجنون، ويكون لكل واحدة نوبة من هذه ونوبة من هذه، وصوب الزركشي ما حكاه أبو الفرج ونقله الأذرعي^(٤) عن النص.

قال شيخ مشايخنا^(٥): ويصح حملُه على ما قاله المتولي.

فلو لم ينضب^(٦) جنونه وأبأنه الولي في الجنون مع واحدة وأفاق في نوبة الأخرى، ففضى ما فات في الجنون لنقصه، والمراد بالتسوية التسوية فيما هو العمدة فيه بأن يمكث عند كل واحدة جميع ما هو العمدة في نوبتها، فيمتنع

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ١٦٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٦٣ - ٣٦٤)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٤٨).

(٣) «قوت المحتاج» (٦/ ١٦٠ - ١٦١). (٤) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣١).

(٥) في (ع). «ينضب».

تخصيصُ بعضهنَّ بالخروج فيه ولو للجماعاتِ وأعمالِ البرِّ، فتجبُ التسويةُ بينهنَّ في الخروجِ لذلك أو عدمه.

نعم، يمتنعُ الخروجُ فيه في مدَّةِ الزَّفافِ الآتية مطلقاً كما مَشَى عليه الشَّيْخَانِ وإن نُوزَعَا فيه، بخلافِ التَّابعِ لا يَجِبُ التسويةُ فيه حتَّى لو مكَّتْ جميعه عندَ بعضهنَّ في نوبته وتركَ المكَّتْ فيه مطلقاً في نوبة البعض الآخر ولو لغير حاجةٍ فيهما جازَ كما اقتضى ذلك إطلاقهم. نعم، ليس له الدُّخُولُ على غير ذاتِ النُّوبة بغير ضرورةٍ أو حاجةٍ على ما يأتي بيانه.

وأقلُّ نوبِ القَسَمِ ليلةً لكلِّ واحدةٍ، ومعلومٌ أنَّ أوَّلَ اللَّيلةِ هو الغروبُ وآخرها طلوعُ الفجرِ.

وقضيته: وجوبُ الدُّخُولِ لذاتِ النُّوبة بالغروبِ، لكن قال الزُّركَشِيُّ كالأذرعِي^(١): الوجهُ الرَّجُوعُ فيه إلى العُرفِ، وفي «البحر» كان الماسرَجِيْسِيُّ يقول: يدخُلُ إذا غَرَبَتْ ويخرُجُ إذا طلعت. فقيل له: هلَّا اعتبرتَ طلوعَ الفجرِ؟ فقال: لأنَّ مراعاته تشقُّ.

وعلى الأوَّلِ فينبغي أن يكونَ ما بعدَ الغروبِ ممَّا لا يَجِبُ الدُّخُولُ فيه حُكْمُه حُكْمُ النَّهَارِ في عدمِ وجوبِ التسوية فيه وامتناعِ الدُّخُولِ لغير ذاتِ النُّوبة على ما سيأتي.

ويجوزُ ليلتانِ وثلاثٌ، ولا يجوزُ ما زادَ ولا بعضُ ليلةٍ ولا ليلةٌ وبعضُ أخرى، نعم لو كانَ فيهنَّ مَنْ فيها رُقٌّ واستحقَّتِ القَسَمَ بأنَّ استحقَّتِ النِّفَقَةَ، كانَ للحرَّةِ مثلاًها.

(١) فُوت المحتاج (١/١٦٤).

ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِالْإِبْتِدَاءِ بِوَاحِدَةٍ فَذَاكَ، وَإِلَّا وَجِبَتِ الْقُرْعَةُ، فَيَبْدَأُ بِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا، فَإِذَا تَمَّتْ نَوْبُهَا أَقْرَعَ بَيْنَ الْبَاقِيَّاتِ، ثُمَّ يَبْنِي الْبَاقِيَتَيْنِ، فَإِذَا تَمَّتِ النَّوْبُ رَاعَى التَّرْتِيبَ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْقُرْعَةِ، وَلَوْ بَدَأَ بِوَاحِدَةٍ بِلَا قُرْعَةٍ فَقَدْ ظَلَمَ، وَيَقْرَعُ فَإِذَا تَمَّتِ النَّوْبُ أَقْرَعَ لِلْإِبْتِدَاءِ.

وَلَا تَجِبُ التَّسْوِيَةُ لِمَجْنُونَةٍ لَا يُؤْمَنُ ضَرَرُهَا وَإِنْ وَجِبَتْ نَفَقَتُهَا كَمَا بَحَثَهُ الزَّوْكَاشِيُّ، وَلَا لِمَنْ تَخَلَّقَتْ عَنِ السَّفَرِ مَعَهُ لِمَرْضَاهَا وَقَدْ سَافَرَ بِالْبَاقِيَّاتِ وَإِنْ اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ كَمَا قَالَ الْمَاوَرَدِيُّ، وَلَا لِصَغِيرَةٍ كَمَا بَحَثَهُ الْبُلْقِينِيُّ.

وَيَنْبَغِي تَقْيِيدُهُ بِمَنْ لَا نَفَقَةَ لَهَا، وَلَا لِمَحْبُوسَةٍ بِغَيْرِ حَقٍّ أَوْ فِي دَيْنٍ اسْتَدَانَتْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ، سِوَاءَ تَبَتَّ بِإِقْرَارِهَا أَمْ بِالْبَيِّنَةِ كَمَا لَا نَفَقَةَ لَهَا، وَلَا لِمُعْتَدَةٍ عَنْ وَطْءٍ تُشَبِّهُ كَمَا فِي «أَصْلِ الرِّوَايَةِ»^(١) عَنِ الْمُتَوَلَّى مِنْ غَيْرِ مَخَالَفَةٍ، وَعَلَّلَهُ فِي «التَّتَمَّةِ» بِحَرَمَةِ الْخُلُوةِ بِهَا.

قَالَ فِي «الْمَطْلَبِ»: وَهُوَ تَفْرِيعٌ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ تَحْرِيمِ الْإِسْتِمَاعِ بِهَا، وَلَا لِنَاشِئَةٍ كَمَا سَيَأْتِي.

وَخَرَجَ بِالزَّوْجَاتِ: الزَّوْجَةُ الْوَاحِدَةُ، فَلَا يَجِبُ الْمَيْتُ عِنْدَهَا لَكِنْ يُسْتَحَبُّ، وَأَذْنَى دَرَجَاتِهَا أَلَّا يَخْلِيَهَا كُلُّ أَرْبَعِ لَيَالٍ عَنْ لَيْلَةٍ اعْتِبَارًا بِمَنْ لَهُ أَرْبَعُ زَوْجَاتٍ، وَالْإِمَاءُ وَإِنْ كُنَّ مُسْتَوْلِدَاتٍ وَإِنْ كَانَ مَعَهُنَّ زَوْجَاتٌ، فَلَا تَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ، لَكِنْ تُسْتَحَبُّ؛ لِثَلَاثٍ يَحْقِدُ بَعْضُ الْإِمَاءِ عَلَى بَعْضٍ، وَتَحْصِينًا لَهُنَّ.

(وَلَا يَدْخُلُ) أَي: لَا يَجُوزُ أَنْ يَدْخُلَ الزَّوْجُ (عَلَى غَيْرِ الْمَقْسُومِ لَهَا) أَي: غَيْرِ ذَاتِ النَّوْبَةِ مِنَ الْقَسَمِ فِيمَا هُوَ الْعَمْدَةُ فِي حَقِّهَا (لِغَيْرِ) ضَرُورَةُ كَمَرَضِهَا

المخوف ولو ظنًّا. قال حُجَّةُ الإسلام: أو احتمالًا، وكحريقٍ ونهبٍ^(١) وشدةٍ طلقٍ، فيجوزُ دخوله ليتبينَ الحالَ لعذرِهِ.

ولا فيما هو تابعٌ لغير (حاجة) كوضعٍ متاعٍ وتسليمِ نفقةٍ، فإن دخلَ كذلك أتمَّ مُطلقًا، ولزمه القضاءُ إن طالَ مُكتهُ، وإلا فلا، بخلافِ ما إذا دخلَ في الأولِ لضرورةٍ أو في الثاني لحاجةٍ فلا إثمٌ مُطلقًا ولا قضاءٌ إلا إن طالَ مُكتهُ كما في «المهذب»^(٢) وغيره.

ولا ينافيه ما اقتضاه كلامُ الشَّيْخَيْنِ^(٣) في الثاني من أنه لا قضاءٌ مُطلقًا لجوازِ حمله على إطالةٍ فوقِ الحاجةِ، وكلاهما على إطالةٍ بقدرِها كما ذكره شيخُ مشايخنا وأشارَ إليه المُحَقِّقُ المَحَلِّي في «شرح المنهاج»، ولا يخفى أنَّ المتبادرَ من القضاءِ حيثُ وجَبَ قضاءُ الجميعِ حتَّى في الثاني لا ما زادَ على قدرِ الحاجةِ فقط.

ولا يلزمُه قضاءُ الوطءِ وإن طالَ زَمَنُهُ بخلافِ زَمَنِه إن طالَ، وله في الثاني الاستمتاعُ بغيرِ الوطءِ وحيثُ وجَبَ القضاءُ لم يسقطْ بطلاقِ المظلومةِ أو المظلومِ بها، فعليه بعدَ تجديدِ النكاحِ أو الرجعةِ القضاءُ، فلا يجبُ قبلَ إعادةِ المظلومِ بها كما قاله المُتَوَلَّى، وهو أوجهٌ من بحثِ الغزاليِّ الوجوبَ، نعم الأوجهُ وجوبُ الإعادةِ عندَ القدرةِ عليها لتوقُّفِ التوبةِ الواجبةِ عليها، ولا ينافيه إطلاقُ الأصحابِ سنَّ الرجعةِ في الطَّلَاقِ البدعيِّ الذي من صُورِهِ هذا؛ لأنَّه مخصوصٌ بغيرِهِ أخذًا من إطباقِهِمْ على وجوبِ كُلِّ ما يتوقَّفُ عليه التوبةُ من المقدوراتِ، ولهذا أخرجَ بعضُ المتأخِّرينَ مسألَتَنَا من ذلكَ الإطلاقِ.

(١) في (ع): «نهب».

(٢) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (٢/ ٤٨٤).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٦٥)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٤٩).

ويأثم بطلاق مَنْ لم تستوفِ حقَّها إذا حَضَرَ وقتُه، خلافاً لابنِ العِمادِ في الطَّلَاقِ الرَّجعيِّ لما صرَّحَ به الشَّيْخَانِ^(١) مِنْ أَنَّ هَذَا مِنَ الطَّلَاقِ الْبِدعيِّ، ولم يُفَرِّقُوا فِيهِ بَيْنَ الرَّجعيِّ وَغَيْرِهِ، نَعَمْ فَيَدَّ ابْنُ الرُّفْعَةِ التَّحْرِيمَ بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بِسُؤَالِهَا، وَأَلَّا فَلَا، قَالَ: كَمَا قَبِلَ بِهِ فِي الطَّلَاقِ فِي زَمَنِ الْحِيضِ عَلَى رَأْيٍ. انْتَهَى.

وَيَجِبُ أَنْ يُوَالِيَ الْقَضَاءُ، وَأَلَّا يَكُونَ فِي نَوْبِهِ غَيْرُ الظَّالِمَةِ.

(وَإِذَا أَرَادَ الزَّوْجُ^(٢) السَّفَرَ) لغيرِ نَقْلَةٍ وَلَوْ قَصِيْرًا وَأَرَادَ أَنْ يَسْتَصْحِبَ بَعْضَهُنَّ مَعَهُ، وَيُخَلِّفَ الْبَاقِيَاتِ جَازَ لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ السَّفَرُ مَبَاحًا، وَ(أَفْرَعَ بَيْنَهُنَّ، وَخَرَجَ بِالنِّسَاءِ تَخْرُجُ لَهَا الْقُرْعَةُ) لَكِنْ يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ لِمُدَّةِ الْإِقَامَةِ الَّتِي يَنْقَطِعُ بِهَا سَفَرُ الْقَصْرِ إِنْ سَاكَنَ الْمَصْحُوبَةَ فِيهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَاكِنَهَا، وَبِخِلَافِ مُدَّةِ السَّفَرِ ذَهَابًا وَإِيَابًا، فَلَا قَضَاءَ فِي ذَلِكَ، نَعَمْ لَوْ نَوَى إِقَامَةً بِمَحَلٍّ فِي أَثْنَاءِ طَرِيقِهِ فَهَلْ يَقْضِي مُدَّةَ الذَّهَابِ؟ فِيهِ اِحْتِمَالَانِ ذَكَرَهُمَا الشَّيْخَانِ^(٣).

وَلَوْ اسْتَصْحَبَ مِنْهُنَّ اثْنَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِقُرْعَةٍ وَالْأُخْرَى بِدُونِهَا قَضَى لِلْمُتَخَلِّفَاتِ مِنْ نَوْبِهِ^(٤) صَاحِبَةُ الْقُرْعَةِ، إِلَّا مَقْدَارَ الزَّفَافِ إِذَا كَانَتْ جَدِيدَةً؛ لِأَنَّهَا تَخْتَصُّ بِهِ.

وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهِنَّ عِنْدَ نِيَّةِ الْإِقَامَةِ لِيَحْضُرْنَ إِلَيْهِ فَهَلْ يَقْضِي الْمُدَّةَ مِنْ وَقْتِ كِتَابَتِهِ؟ وَجَهَانِ بِلَا تَرْجِيحٍ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٥) وَ«أَصْلِهَا»^(٦)، صَحَّحَ مِنْهُمَا الْبُلْقِينِيُّ الْأَوَّلَ،

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٧٨)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦١).

(٢) «الزوج» جاء في (ع) من المتن.

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٧٩)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٣).

(٤) في (ج)، (ن): «نوبة غيره».

(٥) «روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٤).

(٦) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٨٣).

بل صَوْنَهُ، وَكَانَ الثَّانِي يُجْعَلُ الْكِتَابَةُ إِلَيْهِنَّ دَافِعَةً لِمَزِيَةِ مَسَاكِنَةِ الْمُصْحَوْبَةِ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْإِقْبَالِ عَلَيْهِنَّ وَمِرَاعَاتِهِنَّ، فَكَانَتْ الْمُسَاكِنَةُ حِينَئِذٍ عَفْوًا.

وَخَرَجَ بِغَيْرِ النَّقْلَةِ: سَفَرُ النَّقْلَةِ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَصْحِبَ بَعْضَهُنَّ وَلَوْ بَقْرَعَةً، كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَخْلِفَهُنَّ^(١) لِإِضْرَارِهِنَّ، بَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَنْقُلَهُنَّ أَوْ يُطْلَقَهُنَّ أَوْ يَنْقُلَ بَعْضَهُنَّ وَيُطْلَقَ الْبَاقِي، فَإِنْ اسْتَصْحَبَ بَعْضَهُنَّ وَلَوْ بَقْرَعَةً قَضَى لِلْمُتَخَلِّفَاتِ حَتَّى مَدَّةِ السَّفَرِ.

وَلَوْ سَافَرَ بِقَصْدِ النَّقْلَةِ ثُمَّ غَيَّرَ قَصْدَهُ إِلَى غَيْرِهَا، فَهَلْ يَسْقُطُ عَنْهُ الْقَضَاءُ وَالْإِنَّمُ بِذَلِكَ؟ وَجَهَانِ ذَكَرَهُمَا الشَّيْخَانِ^(٢) بَلَا تَرْجِيحٍ، وَقَالَ الرَّزْكَانِيُّ: إِنَّ نَصْرَ «الْأَمِّ» يَقْتَضِي الْجَزْمَ بِعَدَمِ السَّقُوطِ^(٣).

وَبِالْمَبَاحِ وَالْإِقْرَاعِ: اسْتَصْحَابُ بَعْضَهُنَّ فِي غَيْرِ الْمَبَاحِ وَلَوْ بَقْرَعَةً، أَوْ فِي الْمَبَاحِ بَلَا قْرَعَةٍ، فَلَا يَجُوزُ وَيَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ.

وَهَلْ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ جَمِيعِ مَدَّةِ السَّفَرِ وَإِنْ لَمْ يَخَالِطِ الْمُصْحَوْبَةَ فِيهِ أَوْ خَلَفَهَا فِي بَلَدٍ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ^(٤) عَنْ «فَتَاوِي» الْبَغَوِيِّ رَجَحَ مِنْهُ الْبُلْقِينِيُّ الْأَوَّلَ. وَلَا يَجُوزُ لَهُ نَقْلُ بَعْضِهِنَّ بِنَفْسِهِ وَبَعْضِهِنَّ بِوَكِيلِهِ إِلَّا بِالْقْرَعَةِ، وَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ لِمَنْ مَعَ الْوَكِيلِ وَإِنْ أَفْرَعَ.

وَيَجِبُ عَلَيْهِنَّ السَّفَرُ بِطَلْبِهِ لِنَقْلِهِ أَوْ غَيْرِهَا وَإِنْ عَصَى بِسَفَرِهِ إِذْ لَمْ يَدْعُهُنَّ لِلْمَعْصِيَةِ، بَلْ لَا اسْتِيفَاءَ حَقِّهِ بِشَرْطِ أَمْنِ الطَّرِيقِ وَمَوْضِعِ الْإِقَامَةِ، وَكَذَا كَوْنُهُ

(١) فِي (ع): «يَحْلُمُهُنَّ».

(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٨٠ - ٣٨١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٢).

(٣) يَنْظُرُ «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٣/ ٢٣٧).

(٤) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٨١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٢).

ليس دار كفر كما قاله بعضهم، وكونه صالحاً لسكنى مثلها، كالمنزل بالبلد كما قاله الأذرعى^(١)، قال: ويلزمهم ركوب البحر عند غلبة السلامة أيضاً قطعاً، ولو امتنع من السفر لمرض يمنع منه لم يَأْتَمَنَ، فلا تسقط نفقتهم لكن لا قسم لهم؛ لأن الامتناع من جهتهم وإن عذرن فيه، قاله الماوردي^(٢).

(وَإِذَا تَزَوَّجَ) أَحَدٌ (جَدِيدَةً) وَلَوْ أَمَةً أَوْ كِتَابِيَّةً وَفِي عِصْمَتِهِ أُخْرَى فَأَكْثَرُ، بَيِّنَةٌ عِنْدَهَا كَمَا يُرْشَدُ إِلَيْهِ التَّعْبِيرُ بِالتَّخْصِصِ فِي قَوْلِهِ: (خَصَّهَا) وَجُوبًا (بَسَّعَ لَيَالٍ) مَعَ أَيَّامِهَا متوالية يبيتها عندها، وإنما عبر بالليالي إشارة إلى أصالتها في زمان القسم كما تقدّم (إِنْ كَانَتْ يَكْرًا) بحيث يُكْتَفَى بسكويتها في الإذن في النكاح وإن زالت بكارثتها بغير وطء.

(وَبِثَلَاثٍ) مِنَ اللَّيَالِي مَعَ أَيَّامِهَا متوالية يبيتها عندها (إِنْ كَانَتْ ثِيَابًا) بحيث لا يُكْتَفَى بسكويتها في الإذن، بلا قضاء للباقيات فيها كما فهم من التعبير بالتخصيص، فلو فرّق ما ذُكِرَ مِنَ السَّبْعِ أَوْ الثَّلَاثِ لَمْ يُحَسَبْ، وَوَجَبَ اسْتِنَافُهُ وَقَضَاءُ الْمَفْرُوقِ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْبَاقِيَّاتِ، وَلَوْ خَصَّ الثِّيَبَ بِسَبْعٍ فَإِنْ كَانَ بَطْلِيهَا وَجَبَ قَضَاءُ السَّبْعِ لِلْبَاقِيَّاتِ، أَوْ كَانَ بَغِيرَ طَلَبِهَا أَوْ خَصَّهَا بِدُونِ السَّبْعِ كَخَمْسٍ أَوْ سِتٍّ، أَوْ الْبَكْرَ بَعْشِيرٍ وَلَوْ بَطْلِيهَا فِيهِمَا قَضَى الزَّائِدَ عَلَى الثَّلَاثِ فَقَطْ فِي غَيْرِ الْأَخِيرَةِ وَعَلَى السَّبْعِ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَطْمَعْ فِي حَقِّ مَشْرُوعٍ لَغَيْرِهَا بِخِلَافِ الثِّيَبِ إِذَا طَلَبَتْ السَّبْعَ.

وَهَلْ طَلَبُ الثِّيَبِ الْعَشْرَ بِمَنْزِلَةِ طَلَبِهَا السَّبْعَ؛ لِأَنَّهَا فِي ضَمْنِهَا فَقَدْ طَمِعَتْ فِي حَقِّ الْغَيْرِ فِي ضَمْنِ مَا طَلَبْتَهُ، أَوْ لَا؛ لِأَنَّ خُصُوصَ مَا طَلَبْتَهُ لَيْسَ حَقًّا لَغَيْرِهَا؟

(١) «قوت المحتاج» (١/١٨١).

(٢) «الحاوي الكبير» (٩/٥٩٠).

وهل له إجابتها إلى ما دون السَّبع لأنَّه بعض ما له إجابتها إليه، أو لا؛ لتضرُّر الباقي من حيث إنَّه لا يقضي الجميع؟
فيه نظرٌ، ولا يبعد القول بالأوَّل فيهما.

وُسُنُّ تَخْيِيرِ الثَّيِّبِ بَيْنَ ثَلَاثِ بَلَاءٍ قِضَاءٍ وَسَبْعِ بَقْضَاءٍ.

ودخل في الجديدة: المُستفرَّسةُ إذا أعتَقَهَا سَيِّدُهَا وتزوَّجَهَا، والمُبَانَّةُ منه إذا جَدَّدَ نِكَاحَهَا، بخلافِ الرَّجْعِيَّةِ إذا رَاجَعَهَا لِبَقَائِهَا عَلَى النِّكَاحِ، وبخلافِ الجديدة إذا لم يَكُنْ في عَصْمَتِهِ غَيْرُهَا كما هو ظاهرُ كلامِ الأصحابِ كما قاله المتولِّي^(١) في «شرح مسلم»^(٢)، ونقله الشَّيْخَانِ^(٣) عن «فتاوي البغوي» وأقرَّاه، وإن كان الأقوى المختارُ في «شرح مسلم»^(٤) أنَّه لا فَرْقَ، ويوافقُه ما في «أصل الرُّوضَةِ»^(٥) أنَّه لو نَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ ولم يَكُنْ في نِكَاحِهِ غَيْرُهُمَا، وَجَبَ لِهَما حَقُّ الزَّفَافِ زُفَّتًا مَعًا أو على التَّرتِيبِ.

قال في «المُهْمَّاتِ»^(٦): وهذه هي تلك بعينها إلَّا أنَّ تلكَ في امرأةٍ وهذه في امرأتين، ولا أثرَ لذلك. انتهى.

وعلى الأوَّلِ تُحْمَلُ هذه على ما إذا أرادَ القَسَمَ للجَدِيدَتَيْنِ، وظَهَرَ عليه أيضًا أنَّه لا يَكْفِي مُجَرَّدُ وُجُودِ غَيْرِهَا في نِكَاحِهِ، بل لا بدَّ أيضًا مِنَ المَبِيتِ عِنْدَهَا أو قِضْدِهِ ذَلِكَ كما هو ظاهرٌ.

(١) كذا في النسخ، والإمام المتولي لا يعرف له شرح على مسلم، ولعل المقصود النووي رحمه الله.

(٢) «شرح النووي على مسلم» (٤٤ / ١٠).

(٣) «الشرح الكبير» (٣٧١ / ٨)، و«روضة الطالبين» (٣٥٤ / ٧).

(٤) «شرح النووي على مسلم» (٤٤ / ١٠).

(٥) «الشرح الكبير» (٣٧٤ / ٨).

(٦) «المهمات» (٢٤٤ / ٧).

(وَإِذَا خَافَ) الزَّوْجُ (تُشَوَّرَ الْمَرْأَةُ) وسيأتي بيانه أي: جُورَ وجوده ولو مآلاً كما هو ظاهر لظهور أماراته قولاً أو فعلاً؛ كأن تُجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو يجِدَ إعراضاً وعبوساً بعد لطفٍ وطلاقة وجهٍ (وَعَظَهَا) ندباً، بلا هجرٍ ولا ضربٍ فلعلها تُبدي عذراً، أو تتوب عما جرى منها من غير عذر، فيقول مثلاً: اتَّقِ الله في الحقِّ الواجب لي عليك، واحذري العقوبة، ويُبَيِّن لها أنَّ الشُّورَ يُسْقِطُ النَّفَقَةَ والقَسَمَ، ويُندَبُ أن يذكر لها ما رواه الشَّيْخَانُ^(١): «إِذَا بَاتَتْ الْمَرْأَةُ هَاجِرَةً فِرَاشٍ^(٢) زَوْجَهَا لَعَنَتَهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ»، وما رواه التِّرْمِذِيُّ^(٣): «أَيُّمَا امْرَأَةٍ مَاتَتْ^(٤) وَزَوْجُهَا رَاضٍ عَنْهَا دَخَلَتْ الْجَنَّةَ».

(فَإِنْ أَبَتْ) كُلُّ شَيْءٍ يَتَعَلَّقُ بِالزَّوْجِ (إِلَّا الشُّورَ) مُطْلَقاً أو مَقِيداً من غير إقامة وإصرارٍ وَعَظَهَا (هَجَرَهَا) إِنْ شَاءَ فِي الْمَضْجَعِ لَا فِي الْكَلَامِ، فَيُكْرَهُ الْهَجْرُ فِيهِ بَلْ يَحْرُمُ فِيمَا زَادَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَقَيَّدَهُ جَمْعُ مِنْهُمْ الْأَذْرَعِي^(٥) بما إذا قَصَدَ بِهِ رَدَّهَا لِحَظِّ نَفْسِهِ، فَإِنْ قَصَدَ بِهِ رَدَّهَا عَنِ الْمَعْصِيَةِ وَإِصْلَاحَ دِينِهَا لَمْ يَحْرُمْ. قَالَ: وَلَعَلَّ هَذَا مَرَادُهُمْ؛ إِذِ الشُّورُ حِينَئِذٍ عُدُّ شَرْعِيٌّ.

عَلَى أَنَّ الْبُلْقَيْنِيَّ وَتَبِعَهُ غَيْرُهُ نَازَعَ فِي أَصْلِ تَحْرِيمِ هَجَرِهَا فِي الْكَلَامِ بِأَنَّ الْحَدِيثَ إِنَّمَا هُوَ فِي الْهَجْرِ بِلا تَعَدٍّ، وَالشُّورُ تَعَدُّ يُسَلِّطُ عَلَى الضَّرْبِ فَعَلَى السُّكُوتِ أَوَّلَى.

وَيَحْرُمُ الْهَجْرُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثَةِ لغيرِ الزَّوْجَةِ أَيُّضاً، إِلَّا لِمُبْتَدِعٍ وَفَاسِقٍ وَلَوْ غَيْرَ مُتَجَاهِرٍ، وَمَنْ يُرْجَى بِهِجْرُهُ صَلَاحُ دِينِهِ أَوْ دِينِ الْهَاجِرِ وَنَحْوِهِمْ.

(١) «صحيح البخاري» (٥١٩٤)، و«صحيح مسلم» (١٤٣٦) (١٢٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) في (ح): «لفراش».

(٣) «جامع الترمذي» (١١٦١) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

(٤) في (ح)، (هـ)، (ن)، (ك) «باتت». (٥) «قوت المحتاج» (١٩١/٦).

وأفهم اقتصاره على الهَجْرِ أَنَّهُ لَا يَضْرِبُهَا، وهو مَا رَجَّحَهُ الرَّافِعِيُّ فِي «الْمُحَرَّرِ»، لَكِنِ الْأَظْهَرُ عِنْدَ النَّوَوِيِّ فِي «الْمَنْهَاجِ»^(١) وَغَيْرِهِ مِنْ زِيَادَاتِهِ جَوَازُ الضَّرْبِ إِنْ أَفَادَ فِي ظَنِّهِ.

(فَإِنْ أَقَامَتْ عَلَيْهِ) أَي: أَصْرَتْ عَلَى النُّشُوزِ (ضَرْبَهَا) أَيضًا إِنْ أَفَادَ، وَلَا يَأْتِي بِضَرْبٍ مُبَرَّحٍ وَلَا مُدْمٍ، وَلَا عَلَى الْوَجْهِ وَالْمَهَالِكِ.

قَالَ فِي «الْبَحْرِ»^(٢): وَيَضْرِبُهَا بِمَنْدِيلٍ مَلْفُوفٍ أَوْ بِيَدِهِ، لَا بِسَوْطٍ وَعَصَى. انْتَهَى. وَالْقِيَاسُ جَوَازُ الضَّرْبِ بِهَا كَسَائِرِ التَّعَازِيرِ، وَالْأَوَّلَى لَهُ الْعَفْوُ، بِخِلَافِ وَلِيِّ الصَّغِيرِ حَيْثُ كَانَ الْأَوَّلَى لَهُ عَدَمُ الْعَفْوِ؛ لِأَنَّ الْمَصْلَحَةَ هُنَاكَ تَعُودُ إِلَى الْمَضْرُوبِ. وَيُضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْ ضَرْبِهَا.

وَلَوْ ضَرْبَهَا وَادَّعَى أَنَّهُ بِسَبَبِ نُشُوزٍ وَادَّعَتْ عَدَمَهُ فَفِيهِ فِي «الْمَطْلَبِ» احْتِمَالَانِ، قَالَ: وَالَّذِي يَقْوَى فِي ظَنِّي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَهُ وَلِيًّا فِي ذَلِكَ، وَظَاهِرٌ أَنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ بِالنِّسْبَةِ لَجَوَازِ ضَرْبِهَا دُونَ غَيْرِهِ كَسَقُوطِ نَفَقَتِهَا. وَلَهُ تَأْدِيبُهَا عَلَى شَتْمِهَا لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نُشُوزًا كَمَا سَيَأْتِي، وَلَا يَرْفَعُهَا لِلْحَاكِمِ؛ لِأَنَّ فِيهِ عَارًا وَتَوْحِيشًا لِلْقُلُوبِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ شَتَمَتْ أَجْنَبِيًّا، نَعَمْ يَتَعَيَّنُ الرِّفْعُ إِلَى الْحَاكِمِ إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عِدَاوَةٌ كَمَا بَحَثَهُ الزَّزْكَشِيُّ^(٣).

(وَيَنْسَقُطُ بِالنُّشُوزِ) وَهُوَ خُرُوجُ الزَّوْجَةِ عَنْ طَاعَةِ الزَّوْجِ؛ كَأَن خَرَجَتْ مِنْ مَسْكَنِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَا لِاِكْتِسَابِ النِّفْقَةِ عِنْدَ إِعْسَارِ الزَّوْجِ، وَلَا لِلْحَاكِمِ بِطَلَبِ حَقِّهَا، وَلَا لِلْمُفْتِي لِاسْتِفْتَائِهِ^(٤) إِذَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ فَقِيهَا وَلَمْ يَسْتَفْتِ لَهَا، وَلَا

(٢) «بحر المذهب» (٩/٥٦٦).

(١) «منهاج الطالبين» (ص ٢٢٥).

(٤) في (ج). «باستفتاء».

(٣) ينظر «أسنى المطالب» (٣/٢٣٩).

لخلو البلد وارتحال أهلها إذا كان الزوج غائبا وخرجت مع الناس، ولا لنحو ذلك، أو أراد الدخول إليها فلم تفتح له الباب، أو لم تمكنه من نفسها لا على وجه الدلال، أو ادعت الطلاق أو سافرت وخذها بلا إذنه ولا لغرضه، أو امتنعت من إتيان بيته ولو لاشتغالها بحاجتها وقد دعا جميع زوجاته إليه لا بعضهن، ولا إلى منزل إحداهن ولا بسبب مرضها، أو كونها مقعدة أو مقطوعة الرجل، قال الماوردي^(١): «أو ذات قدر وخفي لم تعتد البروز». قال الأذريعي: وهو حسن وإن استغربه الروياني.

وكالمرض خوف الطريق.

وهل المطر والرحل الشديد ونحوهما كالمرض؟ قال بعضهم: فيه نظر. قال: نعم، لو بعث لها مركوبا ووقاية من المطر فلا عذر لها، ويختلف ذلك باختلاف طبقات الناس وعاداتهم. انتهى.

ولو شتمته أو آذته بلسانها أو غيره لم يكن نشوزا، وإن استحققت التأديب.

(قسّمها ونفقتها) وكسوتها ولو مجنونة وإن لم تأثم المجنونة، وإذا عادت إلى الطاعة لا يجب القضاء.

وكالنشوز في سقوط ما ذكر: سفرها وخذها بإذنه لغرضها، بخلافه لغرضه فيقضي لها من ثوب الباقيات، وبخلاف سفرها معه فتستحق القسم والنفقة، ولو ظهر زناها فقال الأذريعي^(٢) نقلا عن «تجربة» الروياني: حل له منع قسمها وحقوقها لتفتدي منه، نص عليه في «الأم»، وهو أصح القولين. انتهى.

(١) الحاوي الكبير، (٩/٥٧٩).

(٢) «قوت المحتاج» (٦/١٩٢-١٩٣).

(فَصْلٌ)

فِي الْخُلْعِ

بِضْمِ الْخَاءِ، وَهُوَ فَرْقَةٌ بَعُوضٍ مَقْصُودٍ رَاجِعٍ لِلزَّوْجِ أَوْ سَيِّدِهِ كَمَا يُعْلَمُ مِمَّا سَيَأْتِي.

(وَالْخُلْعُ جَائِزٌ) أَي: نَافِذٌ وَلَوْ فِي حَالِ الْوَفَاقِ وَعَلَى غَيْرِ الصَّدَاقِ وَلَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ، لَكِنْ تَكَرَّرَ الزَّيَادَةُ عَلَيْهِ كَمَا قَالَ فِي «الْإِحْيَاءِ»، نَعَمْ هُوَ مَكْرُوهٌ إِلَّا عِنْدَ الشَّقَاقِ أَوْ خَوْفٍ تَقْصِيرٍ مِنْ أَحَدِهِمَا فِي حَقِّ الْآخَرِ، أَوْ كِرَاهِيَةِ الزَّوْجَةِ لِلزَّوْجِ لِنَحْوِ سَوْءِ خُلْعِهِ أَوْ دِينِهِ، أَوْ كِرَاهِيَةِ إِيَّاهَا لَزِنَاهَا أَوْ نَحْوِهِ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ كَمَا أَفَادَهُ قَوْلُهُمْ: «إِنْ كَرِهَهَا لَا لَزِنَاهَا» أَي: وَنَحْوِهِ، فَأَسَاءَ عَشْرَتُهَا بِمَنْعِ حَقِّهَا حَتَّى اخْتَلَعَتْ لَمْ يُكْرَهْ الْخُلْعُ وَإِثْمٌ بِمَا فَعَلَهُ.

أَوْ لِقَضْدِ التَّخْلُصِ مِنْ وَقْعِ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ أَوِ الثَّنَيْنِ بِالْفِعْلِ فِيمَا لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ ثَلَاثًا أَوْ ثَنَيْنِ^(١) مِنْ مَوْطُوءَةٍ عَلَى فِعْلِ مَا لَا بَدَّ مِنْ فِعْلِهِ أَيِ عَلَى تَرْكِهِ، فَخَالَعَ ثُمَّ فَعَلَ الْمُحْلُوفَ عَلَيْهِ، وَفِي التَّخْلُصِ بِهِ فِيمَا لَوْ كَانَ الْمُحْلُوفُ عَلَيْهِ مَقِيدًا بِمَدَّةٍ كَانَ حَلَفَ لَا بَدَّ أَنْ يَفْعَلَ كَذَا فِي هَذَا الشَّهْرِ، ثُمَّ خَالَعَ قَبْلَ فَرَاحِهِ، اضْطَرَّابٌ قَوِيٌّ بَيْنَ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَالَّذِي صَوَّبَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ ثَانِيًا وَقَالَ شَيْخُ مَشَايخِنَا^(٢) إِنَّهُ الْأَوْجَهُ عَدَمُ^(٣) التَّخْلُصِ، بَلْ يُنْظَرُ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلَ حَتَّى مَضَى الشَّهْرُ تَبَيَّنَ حَثُّهُ قَبِيلَ الْخُلْعِ وَبُطْلَانُ الْخُلْعِ.

وَيُؤَيِّدُهُ الْحَثُّ فِيمَا لَوْ حَلَفَ لِيَأْكُلَنَّ ذَا الرِّغِيفِ غَدًا فَتَلِفَ فِي الْغَدِ بَعْدَ تَمَكُّنِهِ مِنْ أَكْلِهِ، أَوْ أَتْلَفَهُ قَبْلَ الْغَدِ، وَفِيمَا لَوْ حَلَفَ لِيَسْرَبَنَّ مِنْ مَاءِ هَذَا الْكُوزِ فَانْصَبَ

(١) فِي (ج): «الْثَنَيْنِ».

(٢) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٣/ ٢٤١ - ٢٤٢).

(٣) كَسَبَ فَوْقَهُ فِي (ع): «مُعْتَمِدٌ».

بعد التمكن من شربه، وفيما لو حلفت أنها تُصلي اليوم الظهر فحاصت في وقته بعد تمكنها من فعله ولم تفعل.

ولا يخالفه ما قاله الشيخان^(١) فيما لو قال: «إن لم تخرجي الليلة من هذه الدار فأنت طالق»، فخالع مع أجنبي من الليل وجدد النكاح ولم تخرج أنه لا يحنث؛ لأن الليل كله محل اليمين، فلم يمتص وهي زوجته.

وفيما لو كان معه ثفاحتان فقال لزوجته: «إن لم تأكلي هذه الثفاحة اليوم فأنت طالق»، ولأتمته: «إن لم تأكلي هذه الأخرى اليوم فأنت حرة» فاشتبهتا، أنه يتخلص بأن يخلعها ذلك اليوم ثم يعيدها، ويبيع الأمة ثم يشتريها أي: ولو بعد التمكن من الأكل منهما.

وذلك إما فرق به الشبكي بين «إن لم أفعل» و«لأفعلن»: بأن الأول تعليق على العدم، ولا يتحقق إلا بالآخر، فإذا صادفها الآخر باثنا لم تطلق كما في فرعَي الشيخين، إذ ليس لليمين هنا إلا جهة حنث، فإذا فعل لا نقول: بر، بل لم يحنث؛ لعدم شرطه.

وأما «لأفعلن» كما في مسألتنا فالفعل مقصود، وهو إثبات جزئي وله جهة بر، وهي فعله وجهة حنث بالسلب الكلي الذي هو نقيضه، والحنث بمناقضة اليمين وتفويت البر، فإذا التزمه وفوته بخلع من جهته حنث لتفويته البر باختياره، وعليه فالصبيغ أربع: اثنتان يفيد فيهما الخلع، وهما الحلف على النفي كـ «لا أفعل كذا»، والحلف على الإثبات معلقا بما لا إشعار له بالزمان، كـ «إن لم أفعل كذا»، واثنتان لا يفيد فيهما الخلع، وهما: الحلف على الإثبات معلقا بما يشعر بزمان كـ «إن لم أفعل كذا»، والحلف بـ «لأفعلن» ونحوها.

(١) «الشرح الكبير» (١٥٧/٩)، و«روضة الطالبين» (٢٠٣/٨).

قال السُّبْكِيُّ: وقياسُ هذا أَنَّهُ إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ فِي أَكْلِ الرَّغِيفِ بِالصَّيْغَةِ الْمَذْكُورَةِ بِأَن قَال: «إِنْ لَمْ أَكُلْ هَذَا الرَّغِيفَ غَدًا فَانْتِ طَالِقٌ» فَاتْلَفَهُ، أَوْ تَلَفَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْ أَكْلِهِ مِنَ الْغَدِ قَبْلَ فَرَاغِ النَّهَارِ لَا يَحْنُثُ، وَمَا أَظُنُّ الْأَصْحَابَ يَسْمَحُونَ بِذَلِكَ. انْتَهَى.

قال في «الخادم»: وهو كما قال. يعني: مِنْ أَنَّهُمْ لَا يَسْمَحُونَ بِذَلِكَ.

قال: وقد صرَّحَ جماعةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بِالْحِنْثِ فِي نَظِيرِ ذَلِكَ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ «الْبَيَانِ»^(١) فَقَالُوا: لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: «إِنْ لَمْ أَبْعَثْ الْيَوْمَ فَاِمْرَأَتِي طَالِقٌ» فَأَعْتَقَهُ طُلُقَتْ اِمْرَأَتُهُ.

وفي «الْبَيَانِ»^(٢) وَغَيْرِهِ أَيْضًا: إِذَا قَالَ: «إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكَ فَانْتِ طَالِقٌ» وَقَيَّدَ ذَلِكَ بِمُدَّةٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ إِذَا بَقِيَ مِنْ حَيَاةِ الْمَيِّتِ مَا لَا يَسَعُ لِعَقْدِ النِّكَاحِ، فَالْحِنْثُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ مُحَقَّقٌ فِي مَسْأَلَةِ الرَّغِيفِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْ أَكْلِهِ، وَالصَّيْغَةُ «إِنْ لَمْ أَكُلْ هَذَا الرَّغِيفَ غَدًا» لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ كَلَامِهِمْ. انْتَهَى.

على أَنَّ مَا ذَكَرَهُ السُّبْكِيُّ مِنَ الْقِيَاسِ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْحِنْثِ فِي نَحْوِ فِرْعَى الشَّيْخَيْنِ لِعَدَمِ قَبُولِ الْمَحَلِّ لِلْوُقُوعِ عِنْدَ وَجُودِ الْمُعْلَقِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْإِنْتِفَاءُ فِي آخِرِ جُزْءٍ لَوْجُودِ الْبَيِّنَةِ حَيْثُ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَفْقُودٌ فِي مَسْأَلَةِ الرَّغِيفِ فِي التَّصْوِيرِ الْمَذْكُورِ لِقَبُولِ الْمَحَلِّ وَعَدَمِ إِمْكَانِ فِعْلِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ حَيْثُ - وَهُوَ الْأَكْلُ - لَا يَجْعَلُهُ بِمَنْزِلَةِ عَدَمِ قَبُولِ الْمَحَلِّ.

وظَاهِرٌ أَخَذًا مِنَ الْمَرْقِيِّ أَنَّ الْخُلْعَ يَخْلُصُ فِي نَحْوِ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَانْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا»؛ إِذْ لَيْسَ لِلْيَمِينِ فِيهِ إِلَّا جِهَةٌ حِنْثٌ، فَإِذَا لَمْ تَدْخُلْ لَا نَقُولُ بَرًّا، بَلْ

(١) «الْبَيَانُ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» (١٠/١٩٨).

(٢) «الْبَيَانُ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» (١٠/١٩٦).

لم يحنث لعدم شرطه، ولهذا أطلق الأصحاب أنه إذا علّق الطلاق بصيغة كالدخول ثم أبانها بعوض أو بالثلاث ثم دخلته في البينونة أو بعدها لم يحنث، وأنه لو كان المحلوف به طلاقاً رجعيّاً تبين وقوعه قبيل الخلع مع نفوذ الخلع بمجامعته الطلاق الرجعي.

ولا يخفى أن ظاهر ما تفرّز من الفرق والتفصيل أنه لا فرق فيه بين كون المحلوف عليه مُقيّداً بمدة أو لا، حتّى إذا حلف بـ «لأفعلن» ونحوها ولم يقيّد بمدة ثم خالع ولم يفعل تبين باليأس بنحو الموت حنثه قبيل الخلع.

وأما الحلف بـ «إذا لم أفعل» فإذا خالع بعد مضي إمكان الفعل تبين حنثه قبيل الخلع، سواء قيّد بمدة أو لا كما هو ظاهر؛ لأن التعليق بها يقتضي الفور؛ لأن المعنى: أي وقت فاتني الفعل، وفواته يتحقّق بمضي ما ذكر.

وإنما يجوز الخلع بحيث تحضّل البينونة إذا وقع (على عوض) مقصود راجع لجهة الزوج أو سيّده؛ كأن وقع على ما ثبت لها عليه من قصاص أو دين أو نحوهما، وفي «فتاوي القفال» أنه لو علّق الطلاق على البراءة ممّا لها عليه كان بائناً، أو على البراءة بما لها على غيره كان رجعيّاً، حكاه عنه الرافعي^(١) في أواخر تعليق الطلاق ولم يخالفه.

ولا بدّ في حصول البراءة المعلّي عليها الطلاق من رُشدها وعلمها بما عليه أو على غيره، وإلا لم تطلّق لعدم وجود المعلّي عليه؛ إذ كلٌّ من أبرأ السّفيهة والجاهلة بالمُبرأ منه غير صحيح، بل لا بدّ من علم الزوج أيضاً في الصورة الأولى لكون البراءة في مقابلة الطلاق.

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٤٧-٤٤٨).

وكالتعليق على البراءة ممّا لها عليه: التّعليق على البراءة من صداقها على أحد جوابين للقاضي، وقال ابن الرّفعة وغيره: إنّ الحقّ، فيقَعُ بائناً، لكنّ محله إذا لم تتعلّق الزّكاة بالصّداق، وإلا فلا وقوع؛ (لعدم وجود الصّفة، وهو البراءة من جميع الصّداق)^(١) لعدم صحّتها في قدر الزّكاة، بخلاف صورة البراءة ممّا لها عليه، فيقَعُ وإن تعلّق بالصّداق زكاةً لانحطاط ما لها عليه على ما عدا قدر الزّكاة، لكن لا بدّ من علمهما به.

ولو قالت: «إن طلقني فانت بريء من صداقي» فطلقها؛ فسدت البراءة للتعليق، ووقع الطلاق رجعيّاً؛ لأنّ صدور الطّلاق طمعا في البراءة من غير لفظ صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً، كذا قاله الشّيخان^(٢) في أوائل الباب الرابع من الخلع، ثمّ بحثا وقوعه بائناً بمهر المثل، قالوا: لأنّه طلق طمعا في العوض ورغبت هي في الطّلاق، فيكون عوضاً فاسداً كالخمر، ثمّ نقلاً في آخر الباب الخامس^(٣) من الخلع في الفروع المنثورة عن «فتاوي القاضي» في عين المسألة ما يوافق بحثهما.

ولو قالت: «أبرأتك من مهري على الطّلاق» فطلق؛ بانّت، وكذا لو قال: «قبلت الإبراء»؛ لأنّ قبوله التزاماً^(٤) للطّلاق بالإبراء، ذكره الخوارزمي في «الكافي»، ونظر فيه بعضهم.

ولو قالت: «بذلت صداقي على طلاقي»، فهو كـ «أبرأتك على الطّلاق» كما بحثه بعضهم.

ولو قال: «إن أبرأتني من مهرك طلقتك»، فأبرأته وطلق برئ، والطلاق رجعيّ

(١) ليس في (ع)، (هـ). (٢) «الشرح الكبير» (٨/٤٤٦)، و«أروضة الطالبين» (٧/٤١٦).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/٤٧٥). (٤) في (ع)، (هـ): «الالتزام».

وإن قال: «طَلَّقْتُكَ فَأَبْرِئِنِي» طَلَّقْتُ، ولا يلزمُها إِبْرَأُوهُ، ذَكَرَ ذَلِكَ فِي «الْأَنْوَارِ»^(١) وَغَيْرِهِ.

ولو قال: «إِنْ بَرِّئْتَ مِنْ مَهْرِكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ»، فَأَبْرَأْتُهُ وَقَدْ أَقَرَّتْ بِهِ لِشَخْصٍ قَالَ بَعْضُهُمْ: يَظْهَرُ وَقُوعُهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ كـ «إِنْ أُعْطِيتَنِي هَذَا الْمَغْصُوبَ» فَأَعْطَتْهُ، وَنَظَرَ فِيهِ غَيْرُهُ.

ولو قال: «إِنْ أَبْرَأْتَنِي مِنْ حَقِّكَ عَلَيَّ طَلَّقْتُكَ» فَقَالَتْ لَهُ: «أَبْرَأْتُكَ» فَقَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ» وَالْحَالُ أَنَّهَا تَجْهَلُ الْمُبْرَأَ مِنْهُ فَلَا شَكَّ فِي فَسَادِ الْبَرَاءَةِ.

وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَحَاصِلُ مَا يَنْجِيهِ فِيهِ وَفَاقًا لِمَا أَفْتَى بِهِ بَعْضُ مُشَايخِنَا أَنَّهُ إِنْ قَصَدَ بِقَوْلِهِ: «أَنْتِ طَالِقٌ» الْمُكَافَأَةَ وَالْإِنْتِقَامَ لِأَجْلِ صُدُورِ الْبَرَاءَةِ الدَّالَّةِ عَلَى رَغْبَتِهَا فِي فِرَاقِهِ؛ وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَلَا مَالَ.

وإن قال: «خَاطَبْتُهَا بِالطَّلَاقِ» وَأَرَادَ إِنْ كَانَتْ الْبَرَاءَةُ صَحِيحَةً لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ لِعَدَمِ وُجُودِ الْمُعْلَقِ عَلَيْهِ وَهُوَ صَحَّةُ الْبَرَاءَةِ، حَتَّى لَوْ فَرَضَ صَحَّتُهَا وَقَعَ رَجْعِيًّا، وَبَرِّئَ مِنَ الْمُبْرَأِ مِنْهُ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي هَذِهِ الْإِرَادَةِ بَاطِلًا، وَكَذَا ظَاهِرًا لِلْقَرِينَةِ.

وإن لم يُرِدْ شَيْئًا وَإِنَّمَا ظَنَّ نَفْوَذَ الْبَرَاءَةِ وَصَحَّتْهَا فَأَوْقَعَ الطَّلَاقَ وَنَجَزَهُ لِأَجْلِ ظَنِّهِ الْمَذْكُورِ وَطَمَعِهِ فِي صَحَّةِ الْبَرَاءَةِ مِنْ غَيْرِ قَصْدِ التَّعْلِيلِ عَلَى صَحَّتِهَا وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَلَا مَالَ عَلَيْهَا.

وَقِيَاسُ هَذَا وَقُوعُ الطَّلَاقِ رَجْعِيًّا فِي مَسْأَلَةِ الشَّيْخَيْنِ السَّابِقَةِ وَفَاقًا لِمَا ذَكَرَاهُ فِيهَا فِي الْبَابِ الرَّابِعِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَهُوَ مَا اعْتَمَدَهُ شَيْخُنَا الْمَذْكُورُ وَبَيَّنَّ أَنَّهُ الْحَقِيقُ بِالْإِعْتِمَادِ.

ولو قال: «إن أبرأتني فأنت طالق»، فقالت: «أبرأتك»، فقال: «أنت طالق»، ثم بان فساد البراءة قال شيخنا المذكور: فالوجه أن يكون ذلك كما لو قال السيد لعبده: «أنت حر بعد أداء النجوم» ثم خرجت زيوفاً.

ولا فرق في نفوذ الخلع وحصول البينة بين كون العوض صحيحاً أو فاسداً؛ كمغصوب وخمر وميتة ومجهول عيناً أو قدراً أو صفة أو أجلاً، وكنفقة ولده سنة مثلاً كل يوم كذا ولم يصفه بصفة السلم، أو بعضه صحيح وبعضه فاسد، لكن الواجب في الفاسد مهر المثل.

وإن صرح بوصف الفساد إذا كانت المخالعة مع الزوجة، بخلاف ما إذا كانت مع أجنبي، وصرح بذلك فيقع رجعيًا، وفي البعض الصحيح مع ما يقابل الفاسد من مهر المثل ومحل ذلك في المجهول إذا لم ينوياً به شيئاً واحداً، وإلا تعين ما نويته وإن لم يتواطأ عليه قبل، خلافاً للقاضي، وفي الخمر في غير خلع الكفار به إذا وقع الإسلام بعد قبضه.

ولو خالع بما في كفها وإن جهله، أو علم أنه لا شيء فيه، أو بصداقها أو ببقية وقد برئ منه، وإن علم الحال بانتهى بمهر المثل.

ولو قال: «إن أعطيتني هذا الخمر مثلاً فأنت طالق» فأعطته إيّاه في مجلس التواجب كما قاله القاضي بانتهى بمهر المثل، وإلا فلا.

وما ذكرناه لا ينافيه تقييد المصنف العوض بقوله: (معلوم) أي: عيناً أو قدراً أو صفة؛ لأن التقييد به بالنظر لصحة الخلع مع المسمى، لكن لا بد في ذلك أيضاً من شروط سائر الأعواض؛ كملكه، وطهارة عينه، والقدرة على تسليمه. وخرج بالمقصود غيره؛ كالدم والحشرات، فيقع الطلاق رجعيًا، بخلاف الميتة؛ لأنها قد تقصد للضرورة والجوارح.

وبرجوعه لجهة الزوج أو سيده: ما لو علّق طلاقها على البراءة مما لها على غيره، فيقع الطلاق رجعيًا كما تقدّم عن القفال.

وشرط جواز الخلع أيضًا: كون الزوج يصحّ طلاقه، وسيأتي بيانه في الطلاق، فيصحّ خلع المكاتب والمبعض في نوبته، ويدفع العوض إليهما ولو بلا إذن، والعبد والمحجور عليه بسفه ولو بلا إذن، ولا يدفع العوض إلا لمالك أمرهما من سيّد أو وليّ أو لهما بإذنه، إلا إن قيّد الطلاق بالدفع إليهما، كـ «إن دفعت إليّ كذا فأنت طالق» فلا تطلق إلا بالدفع إليه وتبرأ به، بخلاف من لا يصحّ طلاقه كالصبي والمجنون، فلا يصحّ خلعه.

وكون الزوجة مطلقّة التصرف مختارة، فلو اختلعت الأمة ولو مكاتبه بغير إذن سيدها بعين له أو لغيره من مال أو غيره بانّت بمهر المثل في ذمتها، أو بدين في ذمتها بانّت به، فتطالب به بعد العتيق، أو بإذن سيدها فإن أطلق الإذن أو قدر دينًا وجب مهر المثل في الأول، وما قدره في الثاني من كسبها وأموال تجارة بيدها، فإن لم يكن شيء من ذلك وجب ما ذكر في ذمتها تطالب به بعد العتيق.

وإن عيّن عينا من ماله تعيّن، فلو زادت على مهر المثل في صورة الإطلاق أو على ما قدره أو عيّن في غيرها طوّلت بالزائد بعد العتيق واليسار، أو اختلعت محجور عليها بسفه طلقت رجعيًا ولغا ذكر المال وإن أذن فيه الولي، فإن كان ذلك قبل الدخول بها طلقت بائنًا بلا مال كما صرح به البغوي في «نكته»، أو مجنونة أو صغيرة ولو مميّزة كان لغوا.

ولو أكرهها الزوج على الاختلاع كان باطلاً، ويقع الطلاق رجعيًا إلا إن سمى ما لا يقع شيء؛ لأنّها مكرهة على القبول، ولو منعه نفقة أو غيرها فافتدت للتخلص منه نفد كما قاله الشّرخان عن الشّرخ أبي حامد وأقرّاه،

بخلاف ما لو منعها ذلك لتخالعه، فالخلع باطل كما ذكره الشيخ أبو حامد
أيضاً، ويقع الطلاق رجعيًا.

ولو أثبتت بالبيّنة أنه أكرهها على الخلع فأقر بالخلع وأنكر الإكراه لزمه ردّها
أخذها إليها، وبانت منه مؤاخذه بإقراره، وإن أنكر الخلع أو سكّت وقع الطلاق
رجعيًا.

والقبول أو نحوه كالاستيجاب في نحو قولها: «طلقني على كذا» فيجيبها،
والإعطاء في نحو قوله: «إن أعطيتني ألفاً فانت طالق» فتعطيه الألف.
وشرط القبول اللَّفْظُ إلّا في التعليق من الرجل؛ كـ «إن أعطيتني ألفاً فانت
طالق» فيكفي إعطاؤها.

وكونه فوراً إلّا في التعليق بـ «متى»، أو «أي وقت» في الإثبات من جانب
الزوج؛ كـ «متى» أو «أي وقت أعطيتني كذا فانت طالق»، بخلاف التعليق بـ
«إن» أو «إذا».

أو من جانب الزوجة، إلّا إذا قالت: «طلقني غداً» أو «في جميع الشهر».
أو في النفس، كـ «متى لم تعطني ألفاً فانت طالق» فلا بد من الفور، ولكل
منهما الرجوع قبل تمام كلام صاحبه إلّا الزوج إذا علّق فيمتنع رجوعه.

(وَمَمْلُكَ بِهِ) أي: بالخلع (المرأة نفسها، و) لأجل ذلك (لا رجعة له) أي:
للزوج (عليها)؛ لأنها إنما بذلت العوض لتمليك البضع، فلا يملك الزوج ولاية
الرجوع إليه، كما أن الزوج إذا بذله صداقاً ليملك البضع لم يكن للمرأة ولاية
الرجوع، ولأنه تعالى جعله فدية، والفدية خلاص النفس من السلطنة عليها،
فلو شرط في الخلع الرجعة كـ «خالعتك بدينار على أن لي عليك الرجعة» بطل

العِوَضُ ووقَعَ الطَّلَاقُ رجعيًّا؛ لتنافي شرطيِّ المالِ والرَّجْعَةِ، فيتساقطانِ وَيَبْقَى أصلُ الطَّلَاقِ، وقضيَّتهُ ثبوتُ الرَّجْعَةِ.

أو شَرَطَ فيه ردَّ العِوَضِ متى شاءَ لِإِراجَعِ بَأَثْ؛ لِإِصاهِ سُقُوطِ الرَّجْعَةِ هُنا، ومتى سَقَطَتْ لا تَعُودُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِفَسَادِ الْعِوَضِ بِفَسَادِ الشَّرْطِ.

أو قال: «إِنْ أَبْرَأْتَنِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةً رَجْعِيَّةً» فَأَبْرَأْتَهُ طَلَقَتْ رَجْعِيًّا كَمَا قَالَ بَعْضُهُمْ، وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِقَوْلِهِ: «طَلَقَةً رَجْعِيَّةً» صَرَفَ هَذَا التَّعْلِيلَ عَنْ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ إِلَى مُجَرَّدِ التَّعْلِيلِ عَلَى صِفَةٍ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ فِي نَفْسِهِ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعِوَضِيَّةِ بِدَلِيلِ التَّعْلِيلِ عَلَى الْإِبْرَاءِ مِمَّا عَلَى غَيْرِهِ خُصُوصًا وَلَمْ يَقَعْ رِبْطُ الطَّلَاقِ بِهِ إِلَّا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ الرَّجْعَةِ الَّذِي لَا يُنَافِيهِ فِي نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ، فَإِنَّ ذِكْرَ الْمَالِ فِيهَا لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعِوَضِيَّةِ خُصُوصًا، وَلَمْ يَقَعْ شَرْطُ الرَّجْعَةِ إِلَّا بَعْدَ رِبْطِ الطَّلَاقِ بِالْمَالِ، وَشَرْطُ الرَّجْعَةِ يُنَافِي الْعِوَضَ فَسَقَطَ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَقَطَ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ عِوَضًا وَجَبَ سُقُوطُهُ مُطْلَقًا؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ جِهَةٌ أُخْرَى هُنَا يَلْزَمُ بِاعْتِبَارِهَا، بِخِلَافِ الْبَرَاءَةِ، فَإِنَّهَا مَعْقُولَةٌ فِي نَفْسِهَا، فَلَمْ يَلْزَمْ مِنْ سُقُوطِ كَوْنِهَا عِوَضًا سُقُوطُهَا مُطْلَقًا، وَهَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ مَا يُتَوَهَّمُ مِنْ أَنَّ الْقِيَاسَ فَسَادُ الْبَرَاءَةِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ عَلَيْهَا يُنَافِي شَرْطَ الرَّجْعَةِ، فَيَتَسَاقَطَانِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ فَتَأَمَّلْهُ.

وقوله: (إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ) اسْتِثْنَاءٌ مَنْقُطَعٌ إِنْ أُرِيدَ مَعْنَى الرَّجْعَةِ اصْطِلَاحًا.

(وَيَجُوزُ الْخُلْعُ) مَعَ الزَّوْجَةِ أَي: يَحِلُّ وَيَنْقُذُ (فِي) حَالِ (الطُّهْرِ) وَ) فِي حَالِ (الْحَيْضِ) وَنَحْوِهِ، بِخِلَافِهِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ؛ لِإِمَّا سِيَائِي فِي بَابِ الطَّلَاقِ، (وَلَا يَلْحَقُ الْمُخْتَلِعَةُ الطَّلَاقُ) لانتفاءِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهَا، فَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ.



(فَصْلٌ) فِي الطَّلَاقِ

وهو حلُّ عقدِ النِّكَاحِ بلفظِ الطَّلَاقِ ونحوه، وعَرَفَهُ النَّوَوِيُّ في «تهذيبه»^(١) بأنَّه تصرفٌ مملوكٌ للزَّوْجِ يُخْدِثُهُ بلا سببٍ؛ أي: من عيبٍ ونحوه فيقطعُ النِّكَاحَ.
(وَالطَّلَاقُ) أي: اللفظُ الذي يحصلُ به (ضَرْبَانِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ) لَأَنَّهُ إمَّا أَلَّا يَحْتَمِلُ ظَاهِرُهُ غَيْرَ الطَّلَاقِ وَهُوَ الصَّرِيحُ، أَوْ يَحْتَمِلُ وَهُوَ الْكِنَايَةُ.
(فَالصَّرِيحُ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ) أي: مشتقَّاتها، بل ونفسُها أيضًا في الجملةِ فإنَّ نحو: «عليَّ الطَّلَاقُ» صَرِيحٌ على ما سيُعلَّمُ.

وهي: (الطَّلَاقُ، وَالْفِرَاقُ، وَالسَّرَاحُ) بفتح السينِ كـ «طَلَّقْتُكَ» و«فَارَقْتُكَ» و«سَرَّخْتُكَ»، و«أَنْتِ طَالِقٌ» و«مَفَارَقَةٌ» و«مُسَرَّحَةٌ»، و«أَنْتِ مَطْلُوقَةٌ» بتشديد الطاءِ، و«يَا طَالِقٌ» و«يَا مَفَارَقَةً» و«يَا مُسَرَّحَةً»، بخلافِ «أَنْتِ طَلَّاقٌ» أو «فِرَاقٌ» أو «سَرَّاحٌ» أو «أَنْتِ الطَّلَاقُ» أو «الفِرَاقُ» أو «السَّرَّاحُ» أو «أَنْتِ طَلَّقَةٍ» أو «فُرْقَةٌ» أو «مُسَرَّحَةٌ»، فليست من الصَّرَاحِ^(٢)؛ لَأَنَّهَا مَصَادِرُ، وَالْمَصَادِرُ إِنَّمَا تُسْتَعْمَلُ فِي الْأَعْيَانِ تَوْشَعًا فَتَكُونُ كِنَايَةً.

نَعَمْ فِي صِرَاحَةِ «عَلِيِّ الطَّلَاقِ» ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ؛ أَوْجُوهَا: مَا صَرَّحَ بِهِ الصَّيْمَرِيُّ وَاعْتَمَدَهُ الزُّرْكَانِيُّ وَغَيْرُهُ أَنَّهُ صَرِيحٌ^(٣)، وَمِثْلُهُ: «الطَّلَاقُ يَلْزُمُنِي» أَوْ «لَا زُمْ لِي» أَوْ «وَأَجِبْتُ عَلَيَّ» لَا «فَرَضْتُ عَلَيَّ»، وَصَرَّحَ الصَّيْمَرِيُّ بِصِرَاحَتِهَا، وَحَكَى الشَّيْخَانِ^(٤)

(١) «تهذيب الأسماء واللغات» (١٨٨/٣).

(٢) في (ج)، (ش): «الصريح».

(٣) ينظر «أسنى المطالب» (٢٧٤/٣).

(٤) «الشرح الكبير» (٥٢٧/٨)، و«روضة الطالبين» (٣٣/٨).

عن حكاية صاحب «العدّة» عن الأكثرين وأقرّاه صراحة قوله: «طَلَّاقٌ لَازِمٌ لي»، وجرّم به الرّافعي في الإيمان^(١) والنّووي^(٢) في النّذر، وقيل: إنّ كناية، وجرّم به في «الأنوار»^(٣)، وقيل: لغو.

وظاهر أنّ نحو «عليّ الطّلاق ما أفعل كذا» تعليق له على الفعل، وقد يؤخذ من تعليل صراحة «عليّ الطّلاق» باشتهاؤه في معنى التّطليق^(٤) عدم صراحة «عليّ الفراق» أو «السّراح».

ولو قال: «طَلَّقَكَ اللهُ» كان صريحاً، كما لو قال لأميّة: «أَعْتَقَكَ اللهُ»، أو لمديّنه: «أَبْرَأَكَ اللهُ»، بخلاف قوله في البيع: «بَاعَكَ اللهُ» أو «أَقَالَكَ اللهُ».

ولو قال: «بَطْلَانِكَ لِأَفْعَلَنَ كَذَا» فلغو؛ لأنّ الطّلاق لا يُحْلَفُ به، ولو قال: «أَنْتَ طَالِقٌ مِنَ الْوَثَاقِ» أو «مِنَ الْعَمَلِ»، أو «سَرَّحْتُكَ مِنْ كَذَا» أو «فَارَقْتُكَ مِنَ الْمَنْزِلِ»، كان كنايةً ظاهراً ويُقْبَلُ باطناً إن قصّد الإتيان بهذه الزيادة قبل فراغه ممّا قبلها، وينبغي أن يتخرّج على ذلك ما كثر في السنّة العوام من نحو: «عليّ الطّلاق من ذراعي» أو «من ظهر فرسي».

وذكر الماوردي^(٥) أنّ كلّ ما كان عند المشركين صريحاً في الطّلاق أجري عليه حكم الصّريح وإن كان كناية عندنا، وأنّ كلّ ما كان كناية عندهم يُعطى حكمها وإن كان صريحاً عندنا؛ لأنّ عقودهم تلحق بمعتقدهم فكذا طلاقهم.

ولا بدّ من تلفّظه بالطّلاق بحيث يسمّع نفسه؛ أي: بتقدير اعتدال السّمع وعدم العارض المانع كما هو معلوم، فلو أتى به سرّاً بحيث لا يسمّع لم يؤثّر،

(١) «الشرح الكبير» (١٢/٢٥٣). (٢) «روضة الطالبين» (٣/٢٩٩).

(٣) «الأنوار» (٢/٤٩٨). (٤) في (ج): «الطلاق».

(٥) «المحوي الكبير» (٩/٣٠٢).

كما رَجَّحَهُ في «زوائد الروضة»، ومن ذَكَرِ المفعولِ مع نحوِ «طَلَّقْتَ» والمبتدأ أو حرفَ النَّداءِ مع نحوِ «طالِقٌ»، فلو أَسْقَطَ ذلكَ فلا وقوعَ، وإن نَوَى ذلكَ كما اقْتَضَاهُ كلامُهم وصرَّحَ به القفالُ وغيرُه في: «طَلَّقْتَ» معتلاً بأنَّه لم يَجِرِ للمرأةِ ذِكْرٌ ولا دلالةٌ، فهو كما لو قال: «امرأتي» ونَوَى «طالِقٌ» لا يَقَعُ. قال الزَّركَشِيُّ: وقد يُتَوَقَّفُ في ذلكَ عِنْدَ القَرِينَةِ كَالسُّوَالِ والخُصُومَةِ. انْتَهَى.

وَيُجَابُ: بأنَّ الكلامَ عِنْدَ فَقْدِ ما ذَكَرَ، بِدَلِيلِ ما ذَكَرُوهُ مِن تَأْثِيرِ «طَلَّقْتَ» في جوابِ «طَلَّقَهَا» أو «طَلَّقَنِي» أو «طَلَّقِي نَفْسَكَ»، و«طالِقٌ» في جوابِ «امرأتكَ طالِقٌ» إن كنتَ كاذباً لَمَنْ أَنْكَرَ شَيْئاً.

ولم يَقْصِدِ الحَضَرَ بقوله: «فَالصَّرِيحُ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ ... إلخ» وإلَّا فَمِنَ الصَّرِيحِ أَيْضاً ما اشْتَقَّ مِنْ لَفْظِ الخُلْعِ أو المُفَادَاةِ؛ كـ «خَالَعْتُكَ» و«فَادَيْتُكَ» و«أَنْتِ مُخَالَعَةٌ»، و«مُفَادَاةٌ» إن ذَكَرَ المَالُ أو نَوَاهُ، وإلَّا كَانَ ذلكَ كُنَايَةً أَيْضاً.

ومنه: «نَعَمْ» أو ما يُرَادُفُهَا في جوابِ «أَطَلَّقْتَ زَوْجَتَكَ؟» أو «زَوَّجْتَكَ هَذِهِ طالِقٌ؟» بِقَصْدِ التَّماسِ الإنشَاءِ، وقد يُجَابُ عَن هَذَا بِنْيَايَةٍ نَحْوِ «نَعَمْ» عَن نَحْوِ «طَلَّقْتَ»، وَفِي مَعْنَى الأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ تَرْجُمَةُ الطَّلَاقِ مِمَّنْ أَحْسَنَ العَرَبِيَّةَ وَغَيْرَهُ، وَكَذَا تَرْجُمَةُ الفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ كَمَا اقْتَضَى تَرْجِيحُهُ كَلَامُ الرَّافِعِيِّ^(١)، وَجَزَمَ بِهِ جَمْعٌ، وَنَقَلَهُ الإِمَامُ وَغَيْرُهُ فِي الخُلْعِ عَن ظَاهِرِ المَذْهَبِ، وَقَالَ الأَدْرَعِيُّ^(٢): إِنَّهُ المَذْهَبُ، لَكِنِ الَّذِي صَحَّحَهُ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٣) فِي تَرْجُمَةِ الفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ أَنَّهَا كُنَايَةٌ، وَقَالَ الإِمَامُ هُنَا: إِنَّهُ الظَّاهِرُ، وَاخْتَارَهُ الرُّوْيَانِيُّ^(٤).

(١) «الشرح الكبير» (٥٠٩/٨).
(٢) «قوت المحتاج» (٢٧٧/٦).
(٣) «روضة الطالبين» (٢٧٧/٦).
(٤) «بحر المذهب» (٣٨/١٠-٣٩).

ولو قال: «ما أنت لي بشيء» لم تُطَلَّق وإن نوى، أو «أمرأتي طلقها زوجها» طُلِّقَتْ إن لم تتزوج غيره.

أو قيل له: «ألك زوجة؟» فقال: «لا»، لم تُطَلَّق وإن نوى كما نقله الشيخان^(١) عن نص «الإملاء» وقطع كثيرين؛ لأنه كذب محض، ثم بحثنا أنه كناية وصرح به النووي^(٢) في «تصحيحه»، وبأن لها أن تحلف أنه لم يرد طلاقها.

وفي «فتاوى ابن الصلاح»^(٣) فيمن قال: «إن غبت عن زوجتي سنة فلنست لها بزواج وليس لي بزوجة» أن هذا في الظاهر إقرار بزوال الزوجية بعد سنة، ففي الظاهر يحكم بصحتها، وفي الباطن يتوقف على نية الطلاق بذلك أو وجود سبب ظاهر من أسباب الفرقة.

(ولا يفتقر) الصريح في وقوع الطلاق (إلى النية) للطلاق، بخلاف الكناية كما يأتي وإن افتقر كل منهما إلى قصد اللفظ لمعناه بأن يقصد استعماله في معناه فيقع: طلاق الهازل، ومن ظن مخاطبته أجنبية لكونها في ظلمة، أو نكحها له غيره ظاهراً وباطناً فيهما، بخلاف من سبق لسانه إليه، وإن لم يصدق ظاهراً إلا بقرينة، أو جهل معناه وإن نواه، أو لم يقصد معناه، كمصوّر المسائل وواعظ طلب من الحاضرين شيئاً فلم يغطوه، فقال متصجراً منهم: «طلقتكم» وفيهم امرأته، كما بحثه الشيخان^(٣) بعد نقلهما عن الإمام إفتاءه بخلافه، وعليه النووي^(٤) بأنه لم يقصد معنى الطلاق أي: لأنه لم يقصد قطع عصمة النكاح وإن قصد الفرقة، بخلاف من خاطب زوجته بالطلاق مع ظنها أجنبية ثم قصد

(١) «الشرح الكبير» (٩/١٣٢)، و«روضة الطالبين» (٨/١٨٠).

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» (٢/٤٤٤).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/٥٥٤)، و«روضة الطالبين» (٨/٥٥).

(٤) «روضة الطالبين» (٨/٥٥).

المعنى، إنما يُعْتَبَرُ ظاهراً عند عروضي ما يصرفُ الطَّلَاقَ عن معناه كما في هذه الصُّورِ، لا مُطْلَقاً، فإنه لو نَطَقَ بلفظِ الطَّلَاقِ مع قَصْدِ اللَّفْظِ وفهم معناه وَقَعَ وإن لم يقصد معناه.

(وَالكِتَابَةُ: كُلُّ لَفْظٍ اخْتَمَلَ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ) احتمالاً قريباً؛ كقوله: «حلالٌ لله»، أو «حِلُّ الله»، أو «أنتِ عليّ حرامٌ»، وإن اشتَهَرَ عندهم في الطَّلَاقِ كما صحَّحه النَّوَوِيُّ^(١)، وقوله: «الحلالُ عليّ حرامٌ»، أو «عليّ الحرامُ» أو «الحرامُ يلزمني ما أفعلُ كذا» أو «ما فعلته» أو نحو ذلك كما قاله الرَّزْكَانِيُّ وغيره.

وقوله: «ابعدِي»، أو «اذهبي»، أو «اخرُجي»، أو «سافري»، أو «ذوقي»، أو «تفصّصي»، أو «تجرّعي»، أو «أمهلْتُكِ»، أو «لستِ زوجتي»، أو «أنتِ بنتي» حيثُ أمكَنَ كونُها بنته وإن عُلِمَ نسبُها من غيره، أو أنتِ أمِّي أو أختي، أو أنتِ مثلُ أمِّي أو أختي، أو بَارَكَ اللهُ لَكَ، بخلافِ «بَارَكَ اللهُ فِيكَ» فليس كناية، أو أبرأْتُكِ أو عفوتُ عنكِ أو الطَّلَاقُ فرضٌ عليّ.

قال في «الأنوار»^(٢): أو ساقطٌ أو واقعٌ عليّ، وأفتى الغزاليُّ بأنَّ قوله: الطَّلَاقُ ثلاثاً من زوجتي تفعلُ كذا كناية؛ لأنَّ حذفَ قوله: «يلزمني» صيرَه كناية، فلو نَوَى إيقاعَ الطَّلَاقِ بتقديرِ عدمِ الفعلِ وَقَعَ لاحتمالِ اللَّفْظِ له بتقدير: إن لم تفعلُ فالطَّلَاقُ واقعٌ عليّ.

وفي «الأنوار»^(٣): لو قال لها: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ» وفتحَ التَّاء؛ لم تُطْلَقْ، إلَّا إِنْ نَوَى طلاقَها.

وفيه وقفة؛ لعدمِ اعتبارِهِم الخطأ في التذكير والتأنيث.

(٢) «الأنوار» (٢/٤٩٨).

(١) «روضة الطالبين» (٨/٢٥).

(٣) «الأنوار» (٢/٤٩٤).

وأفتى بعضهم فيما لو أبدل طاء الطلاق تاءً بأنه كناية^(١)، ووافق بعض مشايخنا، واختار بعضهم أنه صريح فيمن لغته كذلك، وبعضهم أنه صريح مطلقاً، وقد يؤيد هذا بأن ذلك من ترجمة الطلاق أو في معناها فليؤثر مطلقاً.

وقد تكون الكناية غير لفظية؛ كالكتابة ولو من آخرس كأن كتبت «زوجتي طالق ونوى»، فإن لم ينو لم تطلق، فإن تلفظ بما كتبه وكان صريحاً طلق وإن لم ينو حال الكتابة فإن ادعى أنه قصد بالتلفظ به قراءته دون الطلاق قبل ظاهراً، وإنما قيد باللفظ جرياً على الغالب.

(وَتَفْتَقِرُ) الكناية (إِلَى النِّيَّةِ) لِلطَّلَاقِ؛ أَي: قَصْدِ إِيقَاعِهِ مِنَ الْكَانِي مَقْتَرِنًا بِأَوَّلِ الْكِتَابَةِ كَمَا نَقَلَهُ النَّوَوِيُّ فِي «تَنْقِيحِهِ» عَنْ «تَصْحِيحِ» ابْنِ الصَّلَاحِ وَأَقْرَأَهُ، وَقَالَ الْإِسْنَوِيُّ: إِنَّهُ الْمُفْتَى بِهِ، وَالزُّرْكَشِيُّ: إِنَّهُ الصَّوَابُ.

أو بجميع اللفظ كما صحَّحه في «المنهاج»^(٢) و«المحرر» وجرى عليه البلقيني، أو ببعض اللفظ من أوله أو غيره كما صحَّحه في «أصل الروضة»^(٣)، ويوافقُه أنه لو قال: «أنت علي حرام» ونوى به الطلاق والظهار معاً أو مرتباً تخييراً وثبت ما اختاره، إلا أن يكون تفرعاً على الاكتفاء ببعضه، فعلى غيره لا يكون الحكم كذلك في صورة الترتيب.

ومثل الرافعي تبعاً لجماعة اقتران النية بأول الكناية بـ «أنت» من «أنت بائن»، وأيده ابن الرقعة بقول ابن شريح: إذا وقع زمن الطهر و«طالق» زمن الحيض كان الطلاق سنياً وحصل لها قرء، وإن فرق بعضهم بينهما، لكن صرح جماعة

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٣١).

(٤) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٢٦).

(١) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٣) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

بأنَّ الْمُعْتَبَرَ قَرْنُ النِّيَّةِ بِهِ هُوَ لَفْظُ الْكِنَايَةِ؛ كَالْخَاءِ مِنْ خَلِيَّةٍ فِي «أَنْتِ خَلِيَّةٌ»، وَصَوَّبَهُ فِي «الْمَهْمَاتِ»^(١).

وَلَا تَكْفِي النِّيَّةُ مِنْ غَيْرِ الْكَانِي، فَلَوْ تَلَفَّظَ غَيْرُهُ بِلَفْظِ الْكِنَايَةِ بِإِذْنِهِ وَتَوَى هُوَ كَانَ لَعَوًا، وَلَا مِنَ السَّكَرَانِ فَلَا يَقَعُ بِكِنَايَتِهِ وَإِنْ تَوَى كَمَا قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ. وَالْأَوْجَهُ خِلَافُهُ.

وَمِنْ طَرِيقِ مَعْرِفَةِ نِيَّتِهِ: أَنْ يَكْتُبَ ذَلِكَ، أَوْ يُقَرَّرَ بِهِ فَيُؤَاخَذَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِإِقْرَارِهِ فِيمَا لَهُ وَعَلَيْهِ.

وَلَوْ قَالَ: «أَنْتِ بَائِنٌ وَطَالِقٌ» لَمْ يَكُنِ الثَّانِي تَفْسِيرًا لِلأَوَّلِ، بَلْ يُرْجَعُ فِي تَفْسِيرِهِ إِلَيْهِ، وَلَوْ كَرَّرَ الْكِنَايَةَ بَنِيَّةِ الطَّلَاقِ فَإِنْ اتَّحَدَ اللَّفْظُ وَقَصَدَ التَّأَكُّدَ أَوِ الْاسْتِنَافَ فَذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ شَيْئًا فَوَجْهَانِ أَطْلَقَهُمَا الشَّيْخَانِ^(٢) وَرَجَّحَ غَيْرُهُمَا الْحَمَلُ عَلَى الْاسْتِنَافِ، وَإِنْ اخْتَلَفَ تَعَدُّدُ^(٣) الطَّلَاقِ بَعْدَهَا عَلَى مَا نَقَلَاهُ وَأَقْرَأَهُ وَاعْتَرَضَهُ الزَّرْكَشِيُّ بِمُخَالَفَتِهِ لِلْمُرْجَّحِ فِي اخْتِلَافِ الصَّرَاحِ مِنْ أَنَّهُ كَاتِفَايَهُمَا، قَالَ: وَلَعَلَّهُ مُفَرَّغٌ عَلَى الْمَرْجُوحِ هُنَاكَ^(٤).

وَلَوْ أَدَّعَتْ زَوْجَتُهُ أَنَّهُ تَوَى وَأَنْكَرَ هُوَ صُدِّقَ بِبَيِّنَتِهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ وَحُكِمَ بِالطَّلَاقِ فَرُبَّمَا اعْتَدَتْ^(٥) قَرَأَتْ تَجَوُّزُ الْحَلِفِ.

وَلَوْ أَتَى بِكِنَايَةٍ ثُمَّ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ أَدَّعَى أَنَّهُ كَانَ تَوَى الطَّلَاقَ بِالْكِنَايَةِ لِيُدْفَعَ وَقَوْعُ الثَّلَاثِ لِمُصَادَفَتِهِ الْبَيِّنَةِ لَمْ يَقْبَلْ؛ لِأَنَّهُامِهِ حَبِثٌ.

(١) «المهمات» (٧/ ٣٤٤). (٢) «الشرح الكبير» (٧/ ٩)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٦).

(٣) فِي (ع): «اخْتَلَفْتُ بَعْدَهُ». (٤) يَنْظُرُ: «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٣/ ٢٧٥).

(٥) ي (ش). «اعتمدت». و (ن). «اعتيدت».

(وَالنِّسَاءُ فِيهِ) أَي: فِي الطَّلَاقِ وَباعتبارِ إيقاعِهِ (ضَرَبَانِ: ضَرْبٌ فِي) إيقاعِ (طَلَاقِهنَّ سُنَّةً) أَي: جَوَازٌ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ (وَبِدْعَةٍ) أَي: حَرْمَةٌ بِأَن يَتَّصِفَ تَارَةً بِالسُّنَّةِ وَيُسَمَّى سُنِّيًّا، وَالْأُخْرَى بِالْبِدْعَةِ وَيُسَمَّى بِدْعِيًّا، (وَهُنَّ) أَي: هَذَا الضَّرْبُ، وَأَنَّهُ بِاعتبارِ خَبَرِهِ وَهُوَ (ذَوَاتُ الْحَيْضِ) بِأَن يَكُنَّ مِمَّنْ يَحْضُنَ الْمَدْخُولُ بِهِنَّ.

(و) الإيقاعُ (السُّنَّةُ) أَي: ذُو السُّنَّةِ أَوِ السُّنِّيُّ (أَن يُوقَعَ الطَّلَاقُ فِي) أَثناءِ (طَهْرِ غَيْرِ مُجَامِعٍ فِيهِ) أَي: لَمْ يُجَامِعِ الْمُطَلَّقةُ فِي قُبُلِهَا أَوْ دُبُرِهَا فِيهِ، وَلَا فِي نَحْوِ الْحَيْضِ الَّذِي قَبْلَهُ، وَلَا اسْتَدَخَلَتْ مَاءَهُ فِي أَحَدِهِمَا، وَقَدْ اسْتَوْفَتْ حَقَّهَا مِنَ الْقَسَمِ، وَلَمْ يَكُنْ طَلَاقُهَا بِعَوْضٍ مِنْهَا، وَلَا كَانَتْ صَغِيرَةً وَلَا آيِسَةً وَلَا حَامِلًا، أَوْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْ زَنَّا وَهِيَ تَحِيضٌ، أَوْ يُوقَعُ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنْ نَحْوِ حَيْضٍ لَمْ يُجَامِعْهَا وَلَا اسْتَدَخَلَتْ مَاءَهُ فِيهِ، وَقَدْ اسْتَوْفَتْ حَقَّهَا، إِلَى آخِرِ مَا ذُكِرَ، أَوْ يُوقَعُ فِي أَثناءِ الْحَيْضِ لَكِنْ فِي عِدَّةِ طَلَاقٍ رَجَعِيٍّ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا تَبْنِي وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَهَلْ يَتَأْتِي هُنَا اعْتِبَارُ جَمِيعِ الْقِيُودِ الْمَذْكُورَةِ؟ لِلنَّظَرِ فِيهِ مَجَالٌ، لَكِنْ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا أَثَرَ هُنَا لِكُونِهَا حَامِلًا مِنْ زَنَّا وَهِيَ لَا تَحِيضُ لِبَنَائِهَا وَتَأْخِرُهَا بِالْبَاقِي إِلَى الْوَضْعِ بِكُلِّ حَالٍ وَذَلِكَ لِانْتِفَاءِ الْمَعْنَى الْآتِيَةِ فِي الْبِدْعِيِّ.

(و) الإيقاعُ (الْبِدْعَةُ) أَي: ذُو الْبِدْعَةِ أَوِ الْبِدْعِيُّ (أَن يُوقَعَ الطَّلَاقُ فِي) أَثناءِ (الْحَيْضِ) لَا فِي عِدَّةِ طَلَاقٍ رَجَعِيٍّ كَمَا تَقَدَّمَ، أَوْ فِي أَثناءِ النَّفَاسِ، (أَوْ فِي) أَثناءِ (طَهْرِ جَامِعِهَا فِيهِ) أَي: فِي نَحْوِ الْحَيْضِ قَبْلَهُ أَوْ اسْتَدَخَلَتْ مَاءَهُ فِي أَحَدِهِمَا أَوْ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطَّهْرِ وَإِنْ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ، وَلَا فِي نَحْوِ الْحَيْضِ قَبْلَهُ وَلَا اسْتَدَخَلَتْ مَاءَهُ فِي أَحَدِهِمَا، وَلَمْ تَكُنْ فِي الصُّورِ الْأَرْبَعِ حَامِلًا، وَلَا طَلَاقُهَا بِعَوْضٍ مِنْهَا، وَلَا كَانَتْ صَغِيرَةً وَلَا آيِسَةً فِيمَا يُتَصَوَّرُ أَنَّ فِيهِ مِنْهَا، أَوْ فِي أَثناءِ طَهْرِ لَمْ يُجَامِعْهَا

فيه، ولا في نحو الحيض قبله ولا استدخلت ماءه في أحدهما، لكنها لم تستوف جميع حقها من القسم وقد دخل وقتها.

والمعنى في التحريم تضرُّها بطول مدة التَّربُّص فيما عدا الثالثة والخامسة، إذ لا تُشْرَعُ في العِدَّةِ عَقِبَ الطَّلَاقِ، وأداؤه إلى النَّدَمِ في الثالثة عند ظهور الحمل فإنَّ الإنسانَ قد يُطلِّقَ الحائِلَ دونَ الحاملِ، وعند النَّدَمِ قد لا يُمكنه التَّدَارُكُ فيتضرَّرَ هو والولدُ، وتُفَوِّتُ حقَّها في الخامسة.

ولا فرق^(١) فيها بين كون الطَّلَاقِ رجعيًّا أو بائنًا، خلافاً لتقييد ابنِ العِمَادِ بالبائِنِ لتمكُّنه في الرَّجْعِيِّ مِنَ الرَّجْعَةِ وتوفية حقِّها، فيكونان واجِبَيْنِ؛ لأنَّهم سوَّوا في البِدْعِيِّ بين الرَّجْعِيِّ والبائِنِ^(٢)، نَعَمْ قَيَّدَهَا^(٣) ابنُ الرُّفْعَةِ بحثاً بما إذا لم يَكُنِ الطَّلَاقُ بسؤالها، وإلا فلا تحريمَ كما قيلَ بذلك في الطَّلَاقِ زمنَ الحيضِ على رأي.

قال الرَّزْكَانِيُّ: وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهَا بِسْؤَالِهَا مُسْقِطَةٌ لِحَقِّهَا مِنَ الْقَسَمِ فيجوزُ هنا قطعاً^(٤).

ولو طَوَّلَ الْمُؤَلِّيَ بِالطَّلَاقِ فَطَلَّقَ قَالَ جَمْعٌ مِنْهُمْ الْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ: لَيْسَ بِحَرَامٍ^(٥)؛ لِأَنَّهَا طَالِبَةٌ رَاضِيَةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ^(٦): وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ بِتَحْرِيمِهِ؛ لِأَنَّهُ أَحْوَجُهَا بِالْإِيذَاءِ إِلَى الطَّلَبِ، وَهُوَ غَيْرُ مُلْجَأٍ إِلَيْهِ لَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْقَيْئَةِ أَيْ: بِاللِّسَانِ إِنْ امْتَنَعَ الْوَطْءُ، فَلَوْ طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ إِذَا قَلْنَا بِهِ فَلَا تَحْرِيمَ.

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣٧).

(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٦٤).

(٦) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٨٣).

(١) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٣) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٥) «روضة الطالبين» (٨/ ٤).

ولو رَأَى الحكمَانِ فِي الشَّقَاقِ الطَّلَاقَ فطَلَّقَا فِي الْحَيْضِ ففِي «مختصر الجويني» أَنَّهُ لَا يَحْرَمُ، وَهَاتَانِ الصُّورَتَانِ أُعْنِي طَلَاقَ الْحَاكِمِ وَالْحَكَمَ عَدَّهُمَا الرَّافِعِيُّ^(١) مِنْ قِسْمِ طَلَاقِ السُّنَّةِ، وَعَدَّهُمَا فِي «الكفاية» مِنَ الْقِسْمِ الْآتِي وَهُوَ مَا لَا سُنَّةَ فِيهِ وَلَا بَدْعَةَ.

ولو عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِصِفَةٍ^(٢) كـ «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ»، فَالنَّظَرُ إِلَى وَقْتِ الْوُقُوعِ لَا إِلَى وَقْتِ التَّعْلِيقِ، فَإِنْ وُجِدَتْ الصِّفَةُ فِي الْعُطْرِ فَسُنِّيٌّ، أَوْ فِي الْحَيْضِ فَبَدْعِيٌّ.

قَالَ النَّوَوِيُّ^(٣): وَمَعْنَى كَوْنِهِ بَدْعِيًّا أَنَّهُ يُسَمَّى بَدْعِيًّا وَتَرْتَبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ الْبَدْعِيِّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا إِثْمَ فِيهِ بِاتِّفَاقِ الْأَصْحَابِ فِي كُلِّ الطَّرِيقِ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنِ الْقَفَّالِ أَي: مِنْ قَوْلِهِ: إِنْ تَعْلَقَ الطَّلَاقُ بِدْعِيٍّ. انْتَهَى.

وَمُوافقه قول الرَّافِعِيِّ^(٤)، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا تَعَلَّقَتِ الصِّفَةُ بِاخْتِيَارِهِ إِثْمٌ لِإِقْبَاعِهِ فِي حَالِ الْحَيْضِ. انْتَهَى.

قَالَ الْعِرَاقِيُّ: وَذَلِكَ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ الْإِثْمِ بِهَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى طَرِيقِ الْبَحْثِ، لَا أَنَّهُ مَنْقُولٌ. انْتَهَى.

(وَصَرَبٌ لَيْسَ فِيهِ) إِقْبَاعٌ (طَلَّاقُهُنَّ سُنَّةٌ وَلَا بَدْعَةٌ) أَي: لَا يَوْصَفُ طَلَّاقُهُنَّ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَلَا يَوْصَفُ بِكَوْنِهِ سُنِّيًّا وَلَا بَدْعِيًّا وَإِنْ كَانَ جَائِزًا.

(وَهُنَّ) أَي: هَذَا الصَّرَبُ، وَأَنَّهُ؛ لِمَا تَقَدَّمَ (أَرْبَعُ: الصَّغِيرَةُ، وَالْأَيْسَةُ، وَالْحَامِلُ) مِنْهُ (وَالْمُخْتَلِعَةُ) بَأَن طُلِّقَتْ عَلَى عَوَاضٍ مِنْهَا فِي زَمَانِ الْبَدْعَةِ؛ كَحَيْضٍ أَوْ طَهْرٍ جُمِعَتْ فِيهِ سِوَاءٌ فِي الْأَرْبَعِ الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِهَا.

(٢) فِي (ع): «بَصِيعَةٌ».

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٨٣ - ٤٨٤).

(٤) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٨٧).

(٣) «روضة الطالبين» (٦/ ٨).

وَأَمَّا تَقْيِيدُ الْمُصَنَّفِ الْمُخْتَلَعَةَ بِقَوْلِهِ: (الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا) فَهُوَ مَمْنُوعٌ، فَإِنَّ
الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا مِنْ هَذَا الضَّرْبِ مُطْلَقًا وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُخْتَلَعَةً وَلَا غَيْرَهَا مِمَّنْ
ذُكِرَ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ وَلَعَلَّهُ كَانَ فِي نَسْخَةِ «خُمْسٍ» بِدَلِّ قَوْلِهِ: «وَأَرْبَعٌ»، وَعَطَفَ
الَّتِي بِالْوَاوِ عَلَى مَا قَبْلَهَا فَغَيَّرَهُ النَّسَاحُ.

وَأَمَّا لَمْ يَكُنْ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِيمَا ذُكِرَ سُنيًّا وَلَا بِدْعِيًّا؛ لانتفاء ما تقدّمَ فيهما،
وَلِأَنَّ افْتِدَاءَ الْمُخْتَلَعَةِ يَقْتَضِي حَاجَتَهَا إِلَى الْخَلَاصِ بِالْفِرَاقِ وَرِضَاهَا بِطُولِ
الْتَرَبُّصِ، وَأَخْذُهُ الْعِوَضَ يُؤَكِّدُ دَاعِيَةَ الْفِرَاقِ وَيُبْعِدُ احْتِمَالَ النَّدَمِ، وَالْحَامِلُ وَإِنْ
تَضَرَّرَتْ بِالطُّوْلِ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ فَقَدْ اسْتَعَقَبَ الطَّلَاقُ شُرُوعَهَا فِي الْعِدَّةِ وَلَا نَدَمَ.

وَمِنْ هَذَا الْقِسْمِ طَلَاقُ الْمُتَحَيِّرَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ فِي طَهَرٍ مُحَقَّقٍ وَلَا فِي حَبِضٍ
مُحَقَّقٍ، وَخَرَجَ بِكَوْنِ الْحَمْلِ مِنْهُ: كَوْنُهُ مِنْ غَيْرِهِ، بِوَطْءٍ شَبَهِيٍّ أَوْ زَنًا مُتَقَدِّمًا عَلَى
الطَّلَاقِ، فَإِنَّ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ حِينَئِذٍ بِدْعِيٌّ؛ لِتَأْخِيرِ الشُّرُوعِ فِي الْعِدَّةِ عَنِ الطَّلَاقِ؛
لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ وَضْعِ الْحَمْلِ وَمُضِيِّ زَمَنِ النَّفَاسِ، نَعَمْ إِنْ كَانَتْ الْحَامِلُ
مِنَ الزَّنَا تَحِيضٌ لَمْ يَكُنْ طَلَاقُهَا بِدْعِيًّا لِعَدَمِ تَأْخِيرِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا تَنْقَضِي بِالْأَقْرَاءِ
مَعَ وَجُودِ حَمْلِ الزَّنَا، وَيَكُونُ الطَّلَاقُ بِعِوَضٍ مِنْهَا مَا لَوْ كَانَ بِعِوَضٍ مِنْ أُجْنَبِيٍّ
فِي طَهَرٍ جَامِعَهَا فِيهِ كَانَ جَائِزًا؛ إِذْ لَا تَطْوِيلَ، وَأَخْذُهُ الْعِوَضَ يُبْعِدُ احْتِمَالَ النَّدَمِ
عِنْدَ ظَهْوَرِ الْحَمْلِ.

وَخَرَجَ بِالطَّلَاقِ الْفَسْخُ بِعَيْبٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ فِي أَيِّ وَقْتٍ وَجَدَ لَا يُعَدُّ سُنيًّا
وَلَا بِدْعِيًّا.



(فصل)

(وَيَمْلِكُ الْحُرُّ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ، وَالْعَبْدُ) ومثله المُبْعُضُ والمُدَبِّرُ والمُكَاتِبُ (تَطْلِيقَتَيْنِ) سواءُ أكانتِ الزَّوْجَةُ في كُلِّ منهما حُرَّةً أم أمةً، فإذا أَوْقَعَ^(١) أحدهما دونَ ما يملكه ثُمَّ راجَعَ أو جَدَّدَ ولو بعدَ زوجٍ عادتْ له ببقية ما يملكه، بخلاف ما إذا أَوْقَعَ جميع ما يملكه فتعودُ إليه بجميعه.

(وَيَصِغُ^(٢) الْإِسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ) كانت طالق ثلاثاً إلّا واحدة فيقعُ ثنتان، وإنَّما يصِغُ (إذا وصله به) أي: بالمُسْتثنى منه بآلٍ يفصلُ بينهما بكلامٍ أجنبيٍّ وإن قلَّ، ولا سُكُوتٍ فوقَ سكتَةِ التَّنْفِيسِ والعِيٍّ وانقطاعِ الصَّوْتِ والتَّذَكُّرِ، ولا يَضُرُّ عروضُ السُّعالِ بينهما.

وهل محلّه في غير الطَّوِيلِ؟ فيه نظرٌ.

وقصده قبل فراغِ المُسْتثنى منه، نعم لو قدّمه عليه ففيه نظرٌ وكلامٌ سبق في الإقرار.

وَأَسْمَعَ به نفسه وكذا غيره ليصدّق فيه، وإلّا فلو ادّعاه وأنكرتْ أي: الإتيان به حلفتُ على نفيهِ وطلّقتُ، بخلاف ما لو أنكرتُ سماعها إيّاه، فلا أثرٌ لإنكارها كما هو ظاهرٌ.

وعُرِفَ معناه لِيُمْكِنَ التَّعْلِيلُ، فلو جهله وقَعَ عليه، ذَكَرَ ذَلِكَ في «الأنوار»^(٣)، لكن في «الجواهر» عن القاضي فيما لو زعمَ الإتيانَ بالاسْتِثْنَاءِ فَأَنْكَرَتْ صُدِّقَ إن قلنا لا يتبعُضُ الإقرارُ، وإلّا صُدِّقَتْ فتَحْلِفُ أَنَّهُ لم يَقُلْه^(٤).

(١) في (ج) «وقع».

(٢) في (ش)، «وصح».

(٣) «الأنوار» (٢/٥٢٦).

(٤) يطر: «أسى المطالب» (٣/٢٩٤).

واعترض بأن القياس حلفها على نفي العلم.
 وجاب بأن الوجه هو الأول؛ لأن مجرد نفي العلم لا أثر له كما أشرنا إليه،
 فلا فائدة له في إثباته باليمين.

ولم يستغرق المُستثنى منه، فلو قال: «أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً» لم يصحَّ فتُطْلَقُ ثلاثاً.

ومحلّه إذا لم يعقبه بما يخرجُه عن الاستغراق، وإلا فيصح، فلو قال: «أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة أو اثنتين» وقَعَ طَلَقٌ فَقَطْ في الأول وثلاثٍ فَقَطْ في الثاني؛ لأن الاستثناء الثاني لكونه من الأول يخرجُه عن الاستغراق، فالمُستثنى في الحقيقة ثنتان في الأول وواحدة في الثاني؛ لأن ثلاثة إلا واحدة ثنتان، وثلاثة إلا اثنتين واحدة.

ولو قال: «أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا اثنتين» وقَعَ واحدة فَقَطْ لحصول الاستغراق بالاستثناء الثاني فيُلغى دون الأول.

ولو قال: «أنت طالق ثنتين» لا تقع واحدة منهما فقيلاً: تقع ثنتين؛ لأنه بمنزلة الاستثناء المُستغرق، وقيل: واحدة، فكأنه قال: إلا واحدة.

أو قال: «أنت طالق واحدة وثانية لا» وقَعَ واحدة، وكأنه قال: لا تقع الثانية، أو «أنت لا طَلَقْتَ» أو «أنت لا طالق» أو «أنت طالق واحدة» أو «لا شيء»؛ لم تُطْلَقْ، على ما قاله الروياني^(١) في الأخيرة أنه قياس قول ابن سريج.

والعبرة بالملفوظ دون المملوك، فلو قال: «أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً» وقَعَ ثنتان، ولو قال: «أربعتن طوالق إلا فلانة» أو «إلا واحدة»؛ طُلِّقْنَ جميعاً، ولم

(١) «بحر المذهب» (١٠/١١٣).

يصح الاستثناء؛ لأن الأربع ليست صيغة عموم، وإنما هي اسم خاص لعدد معلوم خاص، فقولُه: «إلا فلانة» رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها، فهو كقولِه: «أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك»، بخلاف «أربعكن»^(١) إلا فلانة طوالق، فيصح الاستثناء؛ لأن الإخراج في هذه وقع قبل الحكم فلا تناقض، بخلاف الأولى، كذا نقل الشيخان^(٢) المسألتين عن القاضي، وميلهما إلى صحة الاستثناء مطلقاً، وبه صرح الماوردي^(٣) وهو الوجه الموافق لصحة الاستثناء من الأعداد في الإقرار، وإن كانت معينة كـ «هذه الأربعة لك إلا واحداً منها» كما صرح به صاحب «التنبية»^(٤) وغيره.

ولك أن تقول: كل ما لا إليه، وما نقله يُشكل على إطلاقهما في مبحث التدين تصحيح عدم التدين فيما لو قال: «أربعكن طوالق»، ثم قال: «نويت بقلبي إلا فلانة» فإنه لا يخفى على متأمل عارف أن قضية الأول التدين هنا مطلقاً، وأن قضية الثاني التدين إذا سبقت النية المذكورة قوله: «طوالق»؛ إذ حيث صح الاستثناء مطلقاً أو مقيداً انتظم ذكره مع اللفظ، وما كان كذلك فهو من محل التدين كما نصوا عليه، اللهم إلا أن يكون ما أطلقاه في مبحث التدين محمولاً على ما إذا لم يسبق النية ومفرعاً على المنقول عن القاضي؛ فليُتأمل.

أو قال: «نسائي طوالق إلا فلانة» أو نسوة زوجته فيهن: «أنتن طوالق إلا هذه» وأشار إلى زوجته، أو «إلا زوجتي»، أو «كلكن طوالق إلا فلانة»؛ صح أيضاً. ولو قال ذو زوجة: «كل امرأة لي طالق إلا أنت» طلقت للاستغراق، أو «كل

(١) في (ش): «أربعكن».

(٢) «الشرح الكبير» (١٢٨/٩)، و«روضة الطالبين» (١٧٩/٨).

(٣) «الحاوي الكبير» (١٠/١٨٢).

(٤) «التنبية في الفقه الشافعي» (ص ١٧٦).

امراً لي غيرك» أو «سواك طالق» لم تُطْلَق.

وسَوَّى السُّبُكِيُّ بَيْنَ «إِلَّا» و«غَيْر» فقال: الذي اسْتَفَرَّ رَأْيِي عَلَيْهِ أَنَّهُ إِنْ قَدَّمَ «غَيْر» فَقَالَ: «كُلُّ امْرَأَةٍ لِي غَيْرُكَ طَالِقٌ» لَمْ تُطْلَقْ، وَإِنْ أَخَّرَهَا طَلَّقَتْ، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي «إِلَّا»، فَإِنْ قَالَ: «كُلُّ امْرَأَةٍ لِي إِلَّا أَنْتِ طَالِقٌ» لَمْ تُطْلَقْ، وَإِنْ قَالَ: «كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ إِلَّا أَنْتِ» طَلَّقَتْ.

ولِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ كَانَ الْإِسْتِفْرَاقُ فِي «كُلِّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ إِلَّا أَنْتِ» بِاعْتِبَارِ الْمَمْلُوكِ، فَإِنَّهُ فِي الْوَاقِعِ لَيْسَ إِلَّا وَاحِدَةً لَزِمَ مَثْلُهُ فِي «أَنْتَنْ طَوَالِقٌ إِلَّا هَذِهِ» مَشِيرًا زَوْجَتِهِ الَّتِي فِيهِنَّ مَعَ صَحَّةِ الْإِسْتِثْنَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِنْ كَانَ بِاعْتِبَارِ الْأَلْفَافِ فَهُوَ مَمْنُوعٌ لِعُمُومِ «كُلِّ امْرَأَةٍ لِي» وَخُصُوصِ «أَنْتِ»، وَمَعَ عُمُومِ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ وَخُصُوصِ الْمُسْتَثْنَى لَا يُتَصَوَّرُ الْإِسْتِفْرَاقُ، لَا يَقَالُ: يَفْرُقُ بَيْنَهُمَا لِعُمُومِ «كُلِّ امْرَأَةٍ لِي»، بِخِلَافِ «أَنْتَنْ» إِذْ لَا عُمُومَ فِيهِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: هَذَا الْفَرْقُ إِنْ لَمْ يَقْتَضِ عَكْسَ الْحُكْمِ كَانَ أَقْرَبَ إِلَيْهِ بِدَلِيلِ مَا سَبَقَ عَنِ الْقَاضِي فِي «أَرْبَعُكُنَّ» مَعَ انْتِقَاضِهِ بِمَا تَقَدَّمَ فِي «كُلُّكُنَّ»، فَإِنَّهُ مِنْ صَيَغِ الْعُمُومِ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

ولو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا غَيْرَ وَاحِدَةٍ» بِنَصْبِ «غَيْرِ» وَقَعَ طَلَقَتَانِ، أَوْ بَضْمُهَا قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ^(١) وَالرُّوْيَانِيُّ^(٢): قَالَ أَهْلُ الْعَرَبِيَّةِ: يَقَعُ ثَلَاثٌ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ نَعَتْ لَا اسْتِثْنَاءَ. قَالَا: وَلَيْسَ لِأَصْحَابِنَا فِيهِ نَصٌّ، فَإِنْ كَانَ الْمَطْلُوقُ مِنْ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ فَالْجَوَابُ مَا قَالُوهُ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ كَانَ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ اخْتِلَافِ وَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِنَا.

قَالَ الْأَدْرَعِيُّ: وَيَنْبَغِي أَنْ يُسْتَفْسَرَ الْعَامِيُّ وَيُعْمَلَ بِتَفْسِيرِهِ. أَنْتَهَى. فَإِنْ تَعَدَّرَ اسْتِفْسَارُهُ، أَوْ قَالَ: لَمْ أَرِدْ شَيْئًا مِنَ الْإِسْتِثْنَاءِ أَوْ الصَّفَةِ فَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ كَمَا

(١) «الحاوي الكبير» (١٠/٢٥٢).

(٢) «بحر المذهب» (١٠/١٢٤).

لو نصب للشك مع احتمال اللفظ للاستثناء، وقياس ذلك أن الجَرَّ والسكون كالنصب مطلقاً.

(وَيَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ) أي: الطَّلَاقِ (بِالصِّفَةِ) كـ «أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقاً سُنِّيًّا» أو «بِدَعِيًّا»، وَلَيْسَتْ فِي حَالِ سُنَّةٍ فِي الْأَوَّلِ وَلَا فِي حَالِ بَدْعِيَّةٍ فِي الثَّانِي، فَتَطْلُقُ إِذَا وَجِدْتَ الصِّفَةَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ فِي ذَلِكَ الْحَالِ، أَوْ قَالَ: «سُنِّيًّا بَدْعِيًّا» فَتَطْلُقُ فِي الْحَالِ.

(وَالشَّرْطُ) بِشُرُوطِ الاستِثْنَاءِ السَّابِقَةِ مَا عدا الاستغراق؛ لِعَدَمِ تَصَوُّرِهِ هُنَا، وَيَنْبَغِي جَرِيَانُ ذَلِكَ فِي التَّعْلِيْقِ بِالصِّفَةِ أَيْضًا كـ «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ» أَوْ «إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ» فَيَقَعُ عِنْدَ وَجُودِ الْمُعْلَقِ عَلَيْهِ لَا قَبْلَهُ، وَإِنْ قَالَ: «عَجَلْتُ الطَّلَاقَ الْمُعْلَقَ»، وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ^(١) عَدَمُ وَقُوعِ طَلْقَةٍ فِي الْحَالِ بِقَوْلِهِ: «عَجَلْتُ الطَّلَاقَ الْمُعْلَقَ»، وَرَدَّهُ الْإِسْنَوِيُّ بِأَنَّهُ: يَقَعُ فِي الْحَالِ طَلْقَةٌ جُزْمًا، وَخِلَافُ فِي وَقُوعِ أُخْرَى عِنْدَ وَجُودِ الصِّفَةِ كَمَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ. انْتَهَى.

وَلَوْ قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ» أَوْ «إِنْ لَمْ» وَقَالَ: «قَصَدْتُ التَّعْلِيْقَ بِالشَّرْطِ» فَإِنْ مَنَعَ مِنَ الْإِتْمَامِ صُدِّقَ ظَاهِرًا بَيِّنِيهِ، وَإِلَّا فَلَا، فَلَوْ تَعَدَّرَتْ مَرَاجَعَتُهُ وَلَا قَرِينَةً قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: فَالْقِيَاسُ عَدَمُ الْوُقُوعِ. وَخَالَفَهُ شَيْخُ مَشَائِخِنَا^(٢) فَقَالَ: بَلِ الْقِيَاسُ الْوُقُوعُ؛ لِأَنَّ سَكُوتَهُ عَنِ الْإِسْتِثْنَاءِ بِلَا مَانِعٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِضْرَابِ عَنْهُ، وَدَلَالَةُ الصَّبِيغَةِ عَلَى مَوْضُوعِهَا مِنَ التَّعْلِيْقِ مُشْرُوطَةٌ بِذِكْرِ مَدْخُولِهَا.

وَلَوْ ادَّعَى إِرَادَةَ التَّعْلِيْقِ كَمَا إِنْ قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ»، ثُمَّ قَالَ: «أَرَدْتُ إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ»، وَ«إِنْ شَاءَ زَيْدٌ»؛ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِرًا.

(١) «الشرح الكبير» (٩/٦٠)، و«روضة الطالبين» (٨/١١٥).

(٢) «أدبى المطالب» (٣/٢٨٨).

ولو قال: «إن دخلت الدَّارَ أنتِ طالقٌ» بحذفِ الفاءِ كان تعليقًا، وصَوَّبَ
الإِسْنَوِيُّ^(١) أَنَّهُ إِنْ كَانَ نَحْوِيًّا وَقَعَ الطَّلَاقُ الْآنَ بِجَعْلٍ «إِنْ» نَافِيَةً؛ بِدَلِيلِ مَا
قَالُوهُ فِيمَا لَوْ فَتَحَ «أَنْ»، وَإِلَّا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ.

وَرُدَّ مَا قَالَهُ فِي النَّحْوِيِّ بِأَنَّهُ صَحِيحٌ إِنْ نَوَاهُ دُونَ مَا إِذَا أُطْلِقَ؛ لِأَنَّ الْمَكْسُورَةَ
ظَاهِرَةٌ فِي الشَّرْطِ، وَالْفَاءُ تُحَذَفُ كَثِيرًا.

أَوْ «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ وَأَنْتِ طَالِقٌ» بِالْوَاوِ، فَإِنْ قَصَدَ التَّعْلِيْقَ بِالْأَوَّلِ أَوِ التَّنْجِيزَ
بِالثَّانِي أَوْ جَعَلَهُمَا شَرْطَيْنِ لِنَحْوٍ طَلَاقٍ؛ صُدِّقَ، لَكِنْ يَمِينٌ فِيمَا عَدَا الثَّانِي، وَإِنْ
أُطْلِقَ فَإِنْ كَانَ نَحْوِيًّا فَهُوَ لَعْنٌ، أَوْ غَيْرُهُ حُمِلَ عَلَى التَّعْلِيْقِ بِالدُّخُولِ.

نَعَمْ إِنْ جَعَلَ النَّحْوِيُّ «إِنْ» نَافِيَةً احْتَمَلَ كَوْنُ الْوَاوِ لِلْحَالِ فَلَا يَقَعُ طَلَاقٌ، أَوْ
لِلْعَطْفِ فَيَقَعُ فَيُسْأَلُ، فَإِنْ تَعَذَّرَتْ مَرَاجَعَتُهُ بِمَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَإِنْ
جَهَلْنَا كَوْنَهُ نَحْوِيًّا أَوْ لَا فَالْمُتَّجِهُ عَدَمُ الْوُقُوعِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْمَرَاجَعَةِ، نَبَّةٌ عَلَى
جَمِيعِ ذَلِكَ الْإِسْنَوِيُّ.

أَوْ «أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ دَخَلْتِ» أَوْ «أَنْ لَمْ تَدْخُلِي» بِفَتْحِ «أَنْ» فِيهِمَا، فَإِنْ كَانَ
نَحْوِيًّا وَقَعَ فِي الْحَالِ، أَوْ غَيْرِهِ فَتَعْلِيْقٌ.

أَوْ «أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ شَاءَ اللَّهُ» بِفَتْحِ «أَنْ» وَقَعَ فِي الْحَالِ، سِوَاءٍ فِيهِ النَّحْوِيُّ
وغيره، وَفَرَّقَ الزُّرْكَانِيُّ بَيْنَ هَذَا وَمَا قَبْلَهُ: بِأَنَّ هَذَا لَا يَغْلِبُ فِيهِ التَّعْلِيْقُ، فَعِنْدَ
الْفَتْحِ يَنْصَرِفُ لِلتَّعْلِيلِ بِهِ مُطْلَقًا، وَالثَّانِي يَغْلِبُ فِيهِ التَّعْلِيْقُ، فَعِنْدَ الْفَتْحِ يُفَرَّقُ
بَيْنَ الْعَالَمِ بِالْعَرَبِيَّةِ وَغَيْرِهِ، فَلَوْ ادَّعَى غَيْرُ النَّحْوِيِّ قَصْدَ التَّعْلِيلِ فِي «أَنْ شَاءَ اللَّهُ»
بِالْفَتْحِ فَيَنْبَغِي قَبُولُهُ، بِخِلَافِ النَّحْوِيِّ، لَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يُدِينَ.

ولو قال ابتداء: «أنتِ طالق»، وزعم أنه أراد الشرط فسبق لسانه إلى الجزاء؛ لم يُقبل ظاهراً لانتهايه.

وقد تراؤ الفاء للتزوين، وقد يُقصد أن يقول: أمّا بعدُ فأنتِ طالق.

أو قال: «أنتِ طالق وإن دخلت الدار» أو «وإن دخلت أنتِ طالق» وقع حالاً وإن لم تدخل، فلو قصّد التعليق دُيّن.

ولو قال: «التي تدخل الدار من نسائي طالق» فهو تعليق بالدخول، بخلاف «هذه التي تدخل الدار طالق» مشيراً إلى معينة فتطلق حالاً وإن لم تدخل.

ولو قال: «أنتِ طالق لا دخلت الدار» فإن كانت «لا» في لغته كـ «إن» كبغداديّ، كان تعليقاً، وإلا طلق حالاً.

أو «أنتِ طالق لا أدخل هذه الدار» كان تعليقاً.

وإن لم تكن «لا» في لغته كان على ما هو ظاهر إطلاقهم، واستشكله شيخ مشايخنا^(١) بما قبله، ثم فرّق بأن المضارع على أصل وضع التعليق الذي لا يكون إلا بمستقبل، فكان ذلك تعليقاً مطلقاً، بخلاف الماضي.

ولو قال: «أنتِ طالق في الدار» فكقوله: «إن دخلت الدار» لكن ينبغي تقييده بما إذا قصّد التعليق أخذاً من قولهم فيما لو قال: «أنتِ طالق في البحر» أو «في مكة» أو «في الظل» أو نحو ذلك ممّا لا يُتظر أنه يقع حالاً إن لم يقصد التعليق، بخلاف ما يُتظر كالشئاء فهو تعليق.

ولو قال: «أنتِ طالق بشرط أن لا تدخل الدار» أو «على أن لا تدخل الدار» أو «لا تسافري» قال السبكي في «شرح المنهاج»: وقع الإطلاق في الحال^(٢).

(٢) ينظر. «أسى المطالب» (٣/ ٣٤٠).

(١) «أسى المطالب» (٣/ ٣٣٣).

قال النَّاسِرِيُّ: وفي فتاوي الأصبَحِيِّ ما يخالف ما قال^(١).

وقد يمتنع الوقوع عند التعليق بالشرط، كما لو علق الطلاق أو تعليقه على مشيئة الله تعالى، أو على عدمها كـ «أنت طالق إن شاء الله»، أو «أراد» أو «رضي» أو «بمشيئته» أو «إرادته» أو «رضاه»؛ لأن الباء في ذلك على ظاهر اللغة بمعنى التعليق، كما في «أخرج بمشيئة الله تعالى»، أو «أنت طالق بدخول الدار» أي: إن دخلت الدار، قاله العبَّادي، وكـ «أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله تعالى» أو «بمشيئته»، وكـ «أنت طالق إن لم يشأ الله» أو «ما لم يشأ الله» أو «إلا أن يشاء الله» أي: طلاقك.

ولو لم يقصد التعليق بالمشيئة، كان قصد التبرُّك أو أن كل شيء بمشيئته، أو سبقت إلى لسانه لتعوده بها، أو لم يعلم هل قصد التعليق أم لا، أو لم يقصد به شيئاً وقع في الحال، وإن كان وضع ذلك للتعليق لانتفاء قصده كما أن الاستثناء موضوع للإخراج ولا بدَّ من قصده.

ولو قال: «أنت طالق إن شاء الله» أو «إن لم يشأ الله» طلقت في الحال، قاله العبَّادي.

وكذا لو قال: «بأمر الله» أو «بعلمه» أو «بقدرته» أو «بحكمته»، إذ لا يفهم منها التعليق، فلو قال: «في مشيئة الله» أو «في رضاه» أو «في حكمه» لم تطلق، أو «في علمه» طلقت في الحال؛ لأنه قد يقصد بـ «في» الاستقبال؛ كـ «أنت طالق في دخولك» أي: إن دخلت، وعلمه تعالى قد سبق وأحاط بجميع الأشياء، بخلاف ما لو قال: «في مشيئة زيد» أو «في علمه» فلا يقع؛ إذ قد يعلم وقوعه وقد لا يعلم.

أو «أنت طالق ما شاء زيد» ولم تُعلم مشيئته، أو «ما شاء الله» وقَعَ واحدة؛ لأنها اليقين.

أو «أنت طالق إلا أن يجيء الغد» قال القاضي: لم يصح الاستثناء فيقع لمجيء الغد لا محالة.

ولو قال: «أنت طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله» أو «ثلاثاً وواحدة إن شاء الله» أو «ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله» وقَعَ واحدة في الأول وثلاث فيما بعده؛ لاختصاص التعليق بالآخر بخلاف واحدة ثلاثاً، أو ثلاثاً ثلاثاً إن شاء الله، فلا يقع شيء؛ لعود المشيئة إلى الجميع، لحذف العاطف.

أو «حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله» ولم ينو عود الاستثناء إلى كل من المتعاطفين طلقت حفصة دون عمرة.

وكذا «حفصة وعمرة طالق إن شاء الله» كما في «الروضة»^(١)، لكن رده الإنشائي بأنه تابع لبعض نسخ الرافعي السقيمة، وأن الذي في نسخه الصحيحة، وصرح به البغوي: عدم الوقوع على واحدة منهما.

ولو قال: «أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن شاء الله» قاصداً التوكيد لم تُطلق، كذا ذكره الشيباني، ومفهومه أنه لو قصد الاستئناف طلقت واختص التعليق بالآخر، وهو قياس نظائره مما ذكر، ولا يخفى أن ما تضمنه هذا الكلام من اختصاص عود المشيئة للجميع بحالة عدم العطف مخالفت لما ذكره في باب الوقف من عود نحو الاستثناء للجميع عند العطف، ولما صححه النووي^(٢) في الإيمان من عود الجميع حالة العطف.

(١) «روضة الطالبين» (٥/١١).

(٢) «روضة الطالبين» (٨/١٧٢).

ولهذا نسب في «الخادم» النَّوَوِيُّ إلى التَّنَاقُضِ؛ لكونه جَزَمَ في كتابِ الوقفِ بالْعَوْدِ لِلْجَمِيعِ وَصَحَّحَهُ في كتابِ الأيمانِ، وَصَحَّحَ هُنَا الْعَوْدَ لِلْأَخِيرَةِ، وَالْأَوَجَهُ الْعَوْدَ لِلْجَمِيعِ هُنَا كَمَا فِي الْبَابَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ.

ولهذا لَمَّا نَقَلَ الرَّافِعِيُّ^(١) عَنِ ابْنِ الصَّبَّاحِ فِي «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا وَوَاحِدَةً إِنْ شَاءَ اللَّهُ» أَوْ «وَاحِدَةً وَثَلَاثًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ» أَنَّ الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ، ثُمَّ خَالَفَهُ، ذَكَرَ فِي «الخادم» أَنَّ الرَّاجِحَ مَا قَالَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وَأَنَّهُ تَبِعَهُ عَلَيْهِ الرُّوَيَانِيُّ فِي «البحر»^(٢) وَأَنَّ ابْنَ الرَّفْعَةِ^(٣) قَالَ: إِنَّهُ اللَّائِقُ بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ.

وَمِنْ هُنَا يَتَجَدُّ مَا فِي «فتاوي الغزالي» مِنَ الْعَوْدِ لِلْجَمِيعِ فِي «أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَاثْنَتَيْنِ وَثَلَاثًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ».

وَيُظْهَرُ أَنَّ قَوْلَ بَعْضِهِمْ عَقِبَهُ: «وَلَعَلَّهُ عَلَى وَجْهِ» لَيْسَ عَلَى مَا يَنْبَغِي، نَعَمْ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ قَصْدِ التَّعْلِيلِ بِالْمَشْيِئَةِ قَبْلَ فَرَاغٍ مَا قَبْلَهُ، فَهَلْ يَكْفِي هُنَا وَجُودُ قَصْدِهِ قَبْلَ فَرَاغِ الْمَذْكَورِ الْأَخِيرِ وَإِنْ انْتَفَى فِيمَا قَبْلَهُ، أَوْ لَا بَدَّ مِنْ وَجُودِهِ قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنْ كُلِّ مَذْكَورٍ، أَوْ بِفَصْلِ فِي الْعَطْفِ بَيْنَ عَطْفِ الْمَفْرَدَاتِ فَيَكْفِي وَجُودُهُ قَبْلَ الْأَخِيرِ، وَعَطْفِ الْجُمْلِ فَلَا يَكْفِي، وَالْفَرْقُ اسْتِقْلَالُ كُلِّ جُمْلَةٍ لِلنَّظَرِ فِي ذَلِكَ مَجَالٍ، وَالْاِكْتِفَاءُ بِوُجُودِهِ قَبْلَ الْأَخِيرِ فَقَطْ كَالْمُسْتَبْعِدِ فِي الْجُمْلِ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ قُوَّةُ إِطْلَاقِهِمْ قَدْ تَعَطَّيَهُ.

لَكِنْ قَالَ الرَّافِعِيُّ^(٤) فِي الْإِيمَانِ: قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ: لَوْ قَالَ: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْتِ طَالِقٌ» وَ«عَبْدِي حُرٌّ» لَا تُطْلَقُ وَلَا يَعْتَقُ، وَلَوْ قَالَ: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْتِ طَالِقٌ عَبْدِي حُرٌّ» فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَرْفَ الْعَطْفِ قَدْ يُحْدَفُ مَعَ إِرَادَةِ الْعَاطِفِ،

(١) «الشرح الكبير» (٣٤/٩). (٢) «بحر المذهب» (١٠/١٣٢).

(٣) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (٤٥/١٤). (٤) «الشرح الكبير» (١٢/٢٣٢).

وليكن هذا فيما إذا توى صرَفَ الاستثناءَ إليهما جميعاً، فإن أطلقَ فيُشَبِّهُ أن يَجِيءَ خلافَ في أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْجُمْلَةِ الْأُولَى أَوْ يَعْثُمُهُمَا. قال في «الرَّوْضَةِ»^(١):
قُلْتُ: الصَّحِيحُ التَّعْمِيمُ فِي الصُّورَتَيْنِ، انْتَهَى.

ولا يخفى صراحةُ هذا الكلامِ في تعلُّقِ المَشَبِّثَةِ عِنْدَ تَقْدِيمِهَا بِجَمِيعِ الْمَذْكُورَاتِ حَالَتِي الْعَطْفِ وَعَدَمِهِ وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ تَعْلُقُهَا بِالْجَمِيعِ، بَلِ اقْتَصَرَ عَلَى مُجَرَّدِ قَصْدِ التَّعْلِيقِ عَلَى الْإِجْمَالِ كَمَا هُوَ الْمُرَادُ بِالْإِطْلَاقِ الْمَذْكُورِ عَلَى مَا قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ فِي الْإِيمَانِ حَيْثُ قَالَ: قُلْتُ: مراده - أي: مرادُ الرَّافِعِيِّ - بِالْإِطْلَاقِ نِيَّةُ الْإِسْتِثْنَاءِ فِي الْجُمْلَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْطُرَ بِيَالِهِ تَعَرُّضٌ لَتَوْزِيعِهِ عَلَى الْحِلْفِ أَوْ لَا. انْتَهَى.

لكنه قال هنا: لو تقدَّم - أي: الشَّرْطُ - بأن قال: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْتَ طَالِقٌ» فلا يُشْتَرَطُ فِيهِ نِيَّةُ التَّعْلِيقِ حِينَئِذٍ، صَرَّحَ بِهِ الرَّافِعِيُّ^(٢) فِي كِتَابِ الْإِيمَانِ، فَإِنَّهُ نَقَلَ عَنْ أَبِي الطَّيِّبِ وَسَاقَ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ ثُمَّ قَالَ: قال ابنُ الرَّفْعَةِ^(٣): وهذا يقتضي أَنَّهُ لَا تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ إِذَا تَقَدَّمَ التَّعْلِيقُ. انْتَهَى.

وعلى الأولِ يُمَكِّنُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ تَأْيِيدُ الْإِحْتِمَالِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَعَلَّقَتِ الْمَشَبِّثَةُ مَعَ تَقْدِيمِهَا بِآخِرِ الْمَذْكُورَاتِ مَعَ عَدَمِ قَضِيهِ بِهَا تَعَلَّقَتِ الْمُتَأَخِّرَةُ بِأَوَّلِهَا وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْهَا عِنْدَهُ بِجَامِعِ عَدَمِ قَضِيهَا عِنْدَهُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ، فَلْيُتَأَمَّلْ.

وشمل قوله: «الشَّرْطُ» ما لو كان المشروطُ فعلاً، فيَقَعُ الطَّلَاقُ عِنْدَ وَجُودِهِ وَلَوْ مِنْ مُكْرِهِ عَلَيْهِ وَنَاسٍ لِلتَّعْلِيقِ عَلَيْهِ وَجَاهِلٍ بِصُدُورِ التَّعْلِيقِ، أَوْ بَكُونِهِ عَلَى ذَلِكَ الْفِعْلِ.

(٢) «الشرح الكبير» (١٢ / ٢٣٢).

(١) «روضة الطالبين» (٥ / ١١).

(٣) «كفاية السيه في شرح التنبيه» (١٤ / ٣١).

نَعَمْ إِنْ كَانَ فَعْلٌ نَفْسِهِ وَإِنْ قَصَدَ مُجَرَّدَ التَّعْلِيلِ وَعَدَمَ الْامْتِنَاعِ مِنَ الْفَعْلِ أَوْ التَّرَكِّ كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ إِطْلَاقِهِمْ، لَكِنْ فِيهِ وَقْفَةٌ، أَوْ كَانَ فَعْلٌ غَيْرِهِ وَكَانَ يُبَالِي بِهِ بِأَنْ يُشَقَّ عَلَيْهِ حَتُّهُ لِنَحْوِ صِدَاقَةٍ أَوْ حَيَاءٍ، وَقَدْ قَصَدَ بِحَلْفِهِ مَنْعَهُ أَوْ حَتُّهُ وَقَصَدَ إِعْلَامَهُ بِالْحَلْفِ لِيَمْتَنِعَ أَوْ يَفْعَلَ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ، وَإِنْ تَمَكَّنَ الْحَالِفُ مِنْ إِعْلَامِهِ لَمْ يَقْعُ عِنْدَ وَجُودِهِ مَمَّنْ ذَكَرَ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ «الرَّوَضَةِ»^(١) وَ«أَصْلُهَا»^(٢) فِيمَا إِذَا قَصَدَ إِعْلَامَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، وَإِنْ اعْتَمَدَ جَمْعُ مِنْهُمْ الْإِسْنَوِيَّ^(٣) الْوُقُوعَ حِينَئِذٍ. نَعَمْ إِنْ أَنْكَرَ الْحَالِفُ وَقُوعَ الْفَعْلِ مِنْهُ فَأُثْبِتَ عَلَيْهِ أَنَّهُ فَعَلَهُ، فَادَّعَى النِّسْيَانُ؛ لَمْ يَنْفَعِهِ ذَلِكَ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٤)، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ يُبَالِي بِهِ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ مَنْعَهُ أَوْ حَتُّهُ أَوْ إِعْلَامَهُ، فَيَقْعُ عِنْدَ وَجُودِهِ مُطْلَقًا.

وَلَوْ عَلَّقَ بِفَعْلِهِ نَاسِيًا أَوْ جَاهِلًا أَوْ مَكْرَهَا ففَعَلَهُ كَذَلِكَ وَقَعَ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ، وَقَدْ ضَبَّقَ عَلَى نَفْسِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ حَلَفَ لَا يَنْسَى فَنَسِيَ لَا يَقْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْسَ بَلْ نُسِيَ، فَلَوْ فَعَلَهُ عَالِمًا عَامِدًا مَخْتَارًا مَثَلًا لَمْ يَقْعُ فِيمَا يَظْهَرُ؛ لِعَدَمِ وَجُودِ الصَّفَةِ، إِذِ الْمَقْصُودُ حِينَئِذٍ مُجَرَّدُ التَّعْلِيلِ وَبِهَذَا تَتَأَيَّدُ الْوَقْفَةُ السَّابِقَةُ، أَوْ بِفَعْلِ نَحْوِ بَهِيمَةٍ وَطِفْلِ فَعْلٍ مَخْتَارًا وَقَعَ، أَوْ مَكْرَهَا فَلَا.

وَفَرَّقَ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٥) بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْوُقُوعِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمُعْلَقُ بِفَعْلِهِ التَّعْلِيلِ، وَكُلُّ مَمَّنْ لَا يُبَالِي بِتَعْلِيلِهِ، أَوْ مَمَّنْ يُبَالِي وَلَمْ يَقْصِدِ الْحَالِفُ إِعْلَامَهُ وَفَعَلَ مَكْرَهَا بِأَنْ فَعَلَ الْأَدَمِيَّ مَنْسُوبًا إِلَيْهِ وَإِنْ أَتَى بِهِ مُكْرَهَا، وَلِهَذَا يَضْمَنُ بِهِ، بِخِلَافِ فَعْلِ الْبَهِيمَةِ، فَكَأَنَّهَا حِينَ الْإِكْرَاءِ لَمْ تَفْعَلْ شَيْئًا. انْتَهَى. وَهُوَ مَنْقُوشٌ بِفَعْلِ الطُّفْلِ.

(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٥٤).

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٥٥).

(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ٣٧٩).

(٣) «المهمات» (٧/ ٣١٩).

(٥) «أوسى المطالب» (٣/ ٣٣١).

وهل المراد به غير المُمَيِّز أو غير البالغ؟ فيه نظر، والذي يظهر الثاني.

هذا كله في الحلف على فعل مُستقبل، فإن حلفَ على نفي شيء وقعَ جاهلاً به أو ناسياً له كما لو حلفَ أن زيداً ليس في الدار وكان فيها ولم يعلم به، أو عليم ونسي، فإن قصدَ بحليفه أن الأمرَ كذلك في ظنه أو فيما انتهى إليه علمه، أي: لم يعلمَ خلافه ولم يقصدَ أن الأمرَ كذلك في الحقيقة لم يحنث؛ لأنه إنما حلفَ على مُعتقده، وإن حلفَ أن الأمرَ كذلك أو أطلقَ ففي الحنث قولان، رجَّح ابن الصلاح وغيره الحنث، وصوبه الزركشي؛ لأنه غيرُ معذور، إذ لا حنث ولا منع، بل تحقيق فكانَ عليه أن يتثبتَ قبلَ الحلفِ، بخلافه في التعليق بالمُستقبل، ورجَّح الإسوي وغيره أخذاً من كلامِ الشَّيْخَيْنِ عدمَ الحنث. قال شيخ مشايخنا: وهو الأوجه^(١). انتهى.

واعتمدَ جمعٌ من شيوخنا الحنثَ في الأولى، أعني إذا قصدَ أن الأمرَ كذلك في نفسِ الأمرِ.

ويُتَّجِه أن يُستثنى منها عليه ما لو قصدَ أنه كذلك في نفسِ الأمرِ في ظنه فلا حنث، وهو مرادهم بلا شك.

ولو قال: «إن لم تدخلي الدارَ اليومَ فأنت طالق» فنسيَتِ الحليفَ ودخلت في ذلك اليومَ فهل يتخلَّص بذلك الدُّخُولُ؟

قال الزركشي: فيه احتمال، والأقربُ الانحلالُ. انتهى.

فإن صحَّ ما رجَّحه استفدنا منه أن فعلَ النَّاسِي يوجبُ الانحلالَ إذا كان المُعلَّقُ عليه انتفاء الفعل، وقياسه أن فعلَ المُكرِه كذلك، وعلى هذا فقولهم

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٣١).

أنَّه لَا أَثَرَ لِفِعْلِ النَّاسِي فِي بَرٍّ وَلَا حَنْثٍ مَحَلُّهُ إِذَا كَانَ الْمُعَلَّقُ عَلَيْهِ الْفِعْلُ .
وَلَوْ أَدَّعَى رَجُلٌ سَمِعَ مِنْهُ التَّلَفُّظَ بِالطَّلَاقِ أَنَّهُ قَالَ مُتَّصِلًا بِهِ: إِنْ كَانَ كَذَا،
صُدِّقَ بِيَمِينِهِ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْأَصْبَحِيُّ .

وَلَوْ قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا» ثُمَّ قَالَ: «قُلْتُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ» وَأَنْكَرَتِ الزَّوْجَةُ
صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ وَأَرَادَ رَفْعَهُ بِشَيْءٍ الْأَصْلُ عَدَمُهُ . وَيُؤْخَذُ مِنْ
ذَلِكَ تَقْيِيدُ تَصْدِيقِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْأَصْبَحِيِّ بِعَدَمِ انْكَارِ الزَّوْجَةِ .

وَلَوْ قَالَ: «إِنْ غَبْتُ عَنِ الْبَلَدِ الْمُدَّةَ الْفُلَانِيَّةَ وَلَمْ أَوْصِلِكَ النَّفَقَةَ فَأَنْتِ طَالِقٌ»
وْغَابَ تِلْكَ الْمُدَّةَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا أَنَّهُ لَمْ يَوْصِلْهَا النَّفَقَةَ، فَإِذَا حَلَفَتْ طَلَّقَتْ
كَمَا بَحَثَهُ ابْنُ الصَّلَاحِ^(١) إِذَا ثَبَتَتْ غَيْبَتَهُ تِلْكَ الْمُدَّةَ، وَأَيَّدَهُ بَعْضُهُمْ بِمَا صَرَّحَ
بِهِ الْأَصْحَابُ مِنْ تَصْدِيقِهَا بِيَمِينِهَا فِيمَا لَوْ عَلَّقَ طَلَّاقُهَا بِخُرُوجِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ
فَخَرَجَتْ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ بِالْإِذْنِ، وَأَنْكَرَتْ، لَكِنْ أَفْتَى الْقَاضِي بِتَصْدِيقِ الزَّوْجِ
بِالنِّسْبَةِ لِعَدَمِ الْوُقُوعِ، وَتَصْدِيقِ الزَّوْجَةِ بِالنِّسْبَةِ لِإِجَابِ النَّفَقَةِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الْأَصْحَابِ الْمَذْكُورَةِ .

وَفِي «فَتَاوَى السُّبُكِيِّ»^(٢) فِيمَا لَوْ قَالَ: «إِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ كَذَا وَلَمْ أَدْخُلْ بِهَا فَهِيَ
طَالِقٌ» فَمَضَتْ تِلْكَ الْمُدَّةُ وَهُوَ غَائِبٌ أَنَّهُ إِنْ شَهِدَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ بِالْبَكَارَةِ وَحَلَفَتْ
عَلَى عَدَمِ^(٣) الدُّخُولِ لِأَجْلِ غَيْبَتِهِ حُكِمَ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ .

وَلَوْ طَلَّقَ ثَلَاثًا فَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ قَالَ: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ» فَقَرَنَ الْخَوَارِزْمِيُّ أَنَّهُ
يَعْتَمِدُهُمَا إِنْ كَانَ فِي حَالَةِ غَضَبٍ^(٤)؛ لِأَنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَقُولُ مَا لَا يَعْلَمُ، وَإِلَّا
فَلَا؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ لَا يُتْرَكُ بِالظَّنِّ .

(١) «فَتَاوَى ابْنِ الصَّلَاحِ» (٢/ ٤٤٤ - ٤٤٥) . (٢) «فَتَاوَى السُّبُكِيِّ» (٢/ ٣١٣) .

(٤) فِي (ج): «الْعُصْبُ» .

(٣) فِي (ش): «نَعْيٍ» .

قال الرزكشي: وفيه نظر؛ إذ لا يلزم من تلفظه بالمشيئة حصول الاستثناء
المعتبر، والقاعدة أن فعل النفس لا يرجع فيه لقول أحد كالمعدل والقاضي
والشاهد، ونقل الشيخان^(١) عن أبي العباس الرؤياني فيما لو حلف لا يفعل
كذا، فأخبره عدلان أنه فعله وظن صدقهما أنه يلزمه الحنث.

قال الإسنوي: وهو إنما يأتي إذا أوقفنا طلاق النأسي.

ولو حلف أن هذا الشيء هو الذي أخذته من فلان فشهد عدلان أنه غيره
طلقت. قال الإسنوي: ومحلّه إن تعمّد، فإن كان جاهلاً لم يحنث.

قال العراقي: وسئلت عمن طلب منه المبيت عند شخصي فحلف لا يبيت
سوى الليلة الفلانية لليلة مستقبلية، هل يحنث بترك مبيتها؟ فأجبت بأن مقتضى
قاعدة النفي والإثبات الحنث، لكن أفتى شيخنا البلقيني بحضوري فيمن
حلف لا يشكو غريمه إلا من حاكم شرعي هل يحنث بترك الشكوى مطلقاً؟
فأجاب بعدمه، ويوافقه صحيح النووي في «الروضة»^(٢) فيمن حلف لا يطأ
في السنة إلا مرة أنه لا يحنث بترك الوطء مطلقاً، وهو ناظر للمعنى مخالف
للقاعدة المتقدمة. انتهى.

وأقول: لا نسلم المخالفة للقاعدة، وذلك لأن الإثبات بحسب المقصود
من النفي، والمقصود هنا من النفي هو منع نفسه من المبيت فيما عدا الليلة
المستثناة، فيكون المقصود من الإثبات هو إباحة مبيتها فيها لا التزامه، فلا
حنث بالترك فتأمل أنه حسن دقيق.

(١) الشرح الكبير (١٢/٣٥٠)، وروضة الطالبيين (١١/٨٦).

(٢) روضة الطالبيين (٨/٢٤١).

ثُمَّ رَأَيْتُ الْإِسْنَوِيَّ^(١) قَالَ: وَعَدَمُ الْحَنْثِ هُنَا أَيُّ: فِي مَسْأَلَةِ «الرَّوْضَةِ»^(٢) السَّابِقَةِ لَا يُخَالِفُ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ؛ لِأَنَّهُ فِي مِثَالِنَا وَهُوَ الْمُسْتَقْبَلُ مَنَعُ نَفْسِهِ مِنْ وَطْءٍ غَيْرِ الْمَرْءِ وَأَخْرَجَ الْمَرْءَ، فَقِيلَ: الثَّابِتُ نَقِيضُ الْمَلْفُوظِ بِهِ قَبْلَهُ، فَعَلِيهِ إِذَا لَمْ يَطْأِ الْمَرْءَ يَحْنَثُ، وَقِيلَ: الثَّابِتُ نَقِيضُ مَا دُلَّ عَلَيْهِ لَفْظُهُ وَهُوَ الِامْتِنَاعُ فَعَلِيهِ إِذَا انْتَفَى الِامْتِنَاعُ فِي الْمَرْءِ ثَبَتَ التَّخْيِيرُ فِيهَا، بِخِلَافِ الْحَلْفِ عَلَى مَاضٍ أَوْ حَاضِرٍ كـ «لَمْ أَطْأِ إِلَّا مَرَّةً»، فَيَحْنَثُ إِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ وَطِئَهَا جُزْأً؛ لِانْتِفَاءِ تَوْجِيهِ التَّخْيِيرِ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ: «لَيْسَ لِي عَلَيَّ إِلَّا مِثَّةٌ» لَزِمَتْهُ جُزْأً. انْتَهَى.

وَفِي «فَتَاوَى السَّبْكِيِّ»^(٣) فَيَمْنُ حَلَفَ لِيُعْطِينَ فَلَنَا كَذَا كُلِّ يَوْمٍ، فَمَضَى يَوْمٌ وَلَمْ يُعْطِهِ: أَنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهِ طَلَقٌ وَتَنْحَلُّ الْيَمِينُ.

(وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ) الصَّادِرُ تَنْجِيزًا أَوْ تَعْلِيْقًا (قَبْلَ النِّكَاحِ) أَيُّ: التَّرْوِجُ^(٤) لِمَنْ أَرَادَ طَلَاقَهَا لَا قَبْلَ النِّكَاحِ وَلَا بَعْدَهُ؛ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ كَبَانِي مِنْهُ: «أَنْتِ طَالِقٌ» أَوْ «إِنْ تَزَوَّجْتِكِ أَوْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ»، أَوْ «كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا أَوْ تَدْخُلُ الدَّارَ فَهِيَ طَالِقٌ» فَلَا تُطَلِّقُ عَلَى زَوْجِهَا وَلَا بِتَزَوُّجِهَا وَلَا بِدُخُولِهَا الدَّارَ بَعْدَ تَزَوُّجِهَا^(٥) لِانْتِفَاءِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهَا، وَقَدْ قَالَ ﷺ: «لَا طَّلَاقُ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ، وَلَا عِنَقُ إِلَّا بَعْدَ مِلْكٍ»^(٦)، أَيُّ: لَا طَّلَاقٌ وَاقِعٌ أَوْ مَعْلَقٌ وَلَا عِنَقٌ كَذَلِكَ إِلَّا لِمَنْ يَمْلِكُ، وَلَا يَجُوزُ حَمْلُهُ عَلَى وَقْعِ الطَّلَاقِ دُونَ عَقْدِهِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْوُقُوعِ عَلَى الْأَجْنَبِيَّةِ مَعْلُومٌ لِكُلِّ أَحَدٍ، فَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى الْأَمْرَيْنِ لِيَقْبَدَ، وَلِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ» ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ دَخَلْتَ لَمْ يَقَعْ اتِّفَاقًا، فَكَذَلِكَ «إِنْ تَزَوَّجْتِكِ»؛ لِانْتِفَاءِ الْفَارِقِ.

(١) «المهمات» (٧/٤٦٧).

(٢) «روضة الطالبين» (٨/٢٤١).

(٣) «فتاوى السبكي» (٢/٣١٣).

(٤) فِي (ج): «التزويج».

(٥) فِي (ج): «تزوجها».

(٦) رَوَاهُ الدَّارِقُطَنِيُّ (٣٩٣٥)، وَابْيَهَقِيُّ (١٤٨٨٨)، وَالحَاكِمُ (٣٥٦٩) مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

فلو رفع التعليق في نحو «كل امرأة أتزوجها فهي طالق» إلى حاكم شافعي فله الحكم ببطلانه كما صرح به العبادي والهروي^(١)، ويجب أن يكون محله إذا لم يحكم به حاكم يراه كمالكي، ولا امتنع التعرض له كغيره من مواقع الاختلاف.

وما وقع لأبي زرعة العراقي مما يخالف ذلك احتجاجاً بأن ذلك إفتاء لا حكم حقيقي، وتبعه على ذلك كثير ممن بعده من غير تأمل: لا التفات إليه، ولا يجوز العمل به وإن بالغ فيه، ومما يوضح رده قطعاً أمران:

أحدهما: أنه لم يعد أحد من الأصحاب هذا الحكم في الأحكام التي جوزوا نقضها لا قطعاً ولا على خلاف، ولو كان منها لتعرضوا له؛ لأنها عندهم معينة محصورة.

والثاني: أنه إن أراد بكونه إفتاء لا حكماً حقيقياً أنه كذلك باعتبار اعتقادنا فلا يفيد، وإلا لزم جواز التعرض لكل حكم خالفنا فيه؛ لأنه ليس حكماً في اعتقادنا، وهو باطل إجماعاً، وإن أراد باعتبار اعتقاد المخالف فهو باطل، إذ الفرض أنه حكم حقيقي عنده.

وقد وجه المالكية صحة هذا التعليق بأنه من قبيل الالتزام، والحكم بالالتزام لا شبهة في أنه حكم حقيقي واقع في وقته، فيجب احترامه.

ولو علّق طلاق زوجته بصفة كدخول الدار والتزوج عليها ثم أبانها ثم تزوجها ثم وجدت الصفة لم تطلق، سواء وجدت أيضاً حال البينونة لانحلال اليمين بوجودها أو لم توجد؛ لارتفاع النكاح الذي علّق فيه.

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٨٥).

(وَأَزَيْعُ) بِحَذْفِ التَّاءِ؛ لِحَذْفِ الْمَعْدُودِ (لَا يَقَعُ طَلَاْقُهُمْ) مَنْجَزًا كَانَ أَوْ مَعْلَقًا (الصَّبِيَّ، وَالْمَجْنُونُ) وَإِنْ وُجِدَتِ الصَّفَةُ الْمُعْلَقُ عَلَيْهَا حَالًا كَمَا لِهَمَا، (وَالنَّائِسُ) وَإِنْ قَالَ بَعْدَ اسْتِيقَاضِهِ: أَجْزَتْهُ أَوْ أَوْقَعْتُهُ (وَالْمُكْرَهُ) بِغَيْرِ حَقٍّ عَلَى الطَّلَاقِ وَإِنْ تَرَكَ التَّوْرِيَّةَ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهَا، كَانَ يَنْوِي غَيْرَ زَوْجَتِهِ أَوْ يَنْوِي بِالطَّلَاقِ حُلَّ الْوَثَاقِ أَوْ بِـ «طَلَقْتُ» الْإِخْبَارَ كَاذِبًا، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَى لَهُ التَّوْرِيَّةُ أَوْ الْاسْتِثْنَاءُ سَرًّا، أَوْ كَانَ قَاضِيًا فِي الْإِيلَاءِ أَوْ وَكَيْلًا فِي الطَّلَاقِ.

نَعَمْ إِنْ أَكْرَهَهُ مَوْكَلُهُ وَقَعَ؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي الْإِذْنِ، بَلْ لَوْ أَكْرَهَ الزَّوْجَ مَنْ لَيْسَ وَكَيْلًا لَهُ وَقَعَ أَيْضًا لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الْمُكْرَهَ بِحَقٍّ، فَيَقَعُ طَلَاْقُهُ كَأَنْ اِمْتَنَعَ الْمُوَلِيُّ مِنَ الْفَيْئَةِ أَوْ قَامَ بِهِ عَذْرٌ شَرْعِيٌّ كِلَا حَرَامٍ، فَلِلْقَاضِي إِكْرَاهُهُ عَلَى طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ كَانَ الْقَاضِي مَتَمَكِّنًا مِنْ إِيقَاعِهَا كَمَا لَهُ إِكْرَاهُ الْمَدِينِ عَلَى الْبَيْعِ لَوْ فَاءَ دَيْنِهِ مَعَ تَمَكُّنِهِ هُوَ مِنَ الْبَيْعِ، فَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى أَكْثَرَ كَانَ إِكْرَاهًا بِغَيْرِ حَقٍّ فَلَا يَقَعُ.

وَشَرْطُ الْإِكْرَاهِ قُدْرَةُ الْمُكْرِهَ بِالْكَسْرِ عَلَى تَحْقِيقِ مَا هَدَّدَ بِهِ بَوْلَايَةً أَوْ تَغْلِبًا، وَكَوْنُ مَا هَدَّدَ بِهِ عَاجِلًا ظَلَمًا، وَعَجْزُ الْمُكْرَهَ بِالْفَتْحِ عَنْ دَفْعِهِ بِنَحْوِ هَرَبٍ وَاسْتِغَاثَةٍ، وَظَنُّهُ أَنَّهُ إِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ فَعَلٍ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ حَقَّقَ مَا هَدَّدَ بِهِ.

وَيَحْصُلُ بِنَخْوِيفٍ بِنَحْوِ ضَرْبٍ شَدِيدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ إِتْلَافٍ مَالٍ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ طَبَقَاتِ النَّاسِ وَأَحْوَالِهِمْ، حَتَّى قَالَ الدَّارِمِيُّ وَغَيْرُهُ: إِنَّ الضَّرْبَ الْيَسِيرَ إِكْرَاهٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الْمُرُوءَاتِ، وَالشَّاشِي فِي «الْمُعْتَمِدِ»: إِنَّ الْاسْتِخْفَافَ فِي حَقِّ الْوَجِيهِ إِكْرَاهٌ^(١)، وَصَرَّحَ ابْنُ الصَّبَّاحِ أَنَّ الشَّتْمَ إِكْرَاهٌ؛ أَي: فِي حَقِّ أَهْلِ الْمُرُوءَاتِ دُونَ السَّفَلَةِ وَنَحْوِهِمْ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ.

وخرج التَّخْوِيفُ بالعقوبة الآجلة؛ كقوله: «لأضربنَّكَ غداً»، والمستحقة للمُكْرَه كقوله لَمَنْ له عليه قصاصٌ: «طلَّقها وإلا اقتصصْتُ مِنْكَ»^(١).

ولو خُوفٌ أحرَقَ بما يظنُّه مُهْلِكًا ففي كونه إكراهًا احتمالان للإمام، والأوجهُ في «البسيط» أنه لا وقوع؛ لأنَّه ساقطُ الاختيار، ولو وُجِدَ قوينَةُ اختيارٍ وَقَعَ، كان أَكْرَهَ على ثلاثٍ فوَحَّدَ، أو على صريحٍ فكثَّى، أو على تعليقٍ فنَجَزَ، أو على أن يقولَ: «طلَّقْتُ» فقال «سَرَّخْتُ»، أو على طلاقٍ مبهمٍ فطلَّقَ معيَّنَةً.

ولو وافقَ المُكْرَه ونَوَى الطَّلَاقَ وَقَعَ لا اختياره، فعُلِمَ أَنَّ الصَّرِيحَ كنايةٌ في حَقِّه، ولو حَمَلَه ظالمٌ على أن يدلُّه على شخصٍ أو مالٍ فإنكَّرَ معرفةَ موضعه فلم يُخْلِه حَتَّى حَلَفَ بالطَّلَاقِ أَنَّهُ لا يَعْلَمُه، فإن حَلَفَ كاذبًا حِنْثٌ، إذ لا إكراه في الحقيقة على الحليف، وإنَّما خيَّرَه بين الحليف والدَّلالةِ بخلاف ما لو قال له اللَّصُوصُ: «لا نخليكَ حَتَّى تحلفَ بالطَّلَاقِ أَنتَ لا تخبرُ بنا» فحَلَفَ، لا يحنثُ بالإخبارِ بهم؛ لأنَّهم أكرهوه على الحليف بالطَّلَاقِ.

ولو أَكْرَهَ على الإقرارِ بطلاقِ زوجته فأقرَّ؛ لم يُفَرِّقَ بينه وبين زوجته كما قاله المُتَوَلَّى وغيره؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ كاذبٌ في إقراره، أو بطلاقِ زوجة المُكْرَه بالكسر فأقرَّ لم يتعلَّقَ بإقراره شيءٌ.

وهل يكونُ إقرارًا من جهة المُكْرَه؟ وجهان بناءً على ما إذا وكَّلَه ليقرَّ عنه، قاله القاضي.

ولو ادَّعى أَنَّهُ طَلَّقَ صبيًّا أو مجنونًا صدَّقَ بيمينه إن أمكنَ الصِّبَا وعُهِدَ الجنونُ أو وُجِدَتْ صورته، وإن قالتْ لا شيءَ به، أو نائما؛ صدَّقَ بيمينه إن

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٦١).

أَمَكْنَ كما قاله الروياني^(١) وأقرّه الرَّافِعِيُّ^(٢)، لكن نظرَ فيه في «الروضة»^(٣)،
ووجه النظرَ بعضهم بأنّه لا علامة على النوم، بخلاف الصُّبَا، وبعضهم بما
صرَّحوا به في الإيمانِ مِنْ أَنَّ مدَّعيَ عدمِ قَصدِ الطَّلَاقِ أو العتاقِ لا يصدِّقُ
ظاهراً؛ لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ بهما، أو مُكرهاً صُدِّقَ بيمينه، أو وُجِدَتْ قَرينةٌ كَحَبْسِ
وإن أنكرت.

ومحلُّ ما ذكرناه في المجنون إذا لم يتعدَّ بجنونه بأن جُنَّ بغيرِ فعلٍ منه أو بفعلٍ
لا تعدِّي فيه كأن شربَ دواءً مُجنِّناً بقصدِ التداوي، أما إذا تعدَّى به كأن شربَ
دواءً مُجنِّناً بلا حاجةٍ فيقعُ طلاقه تغليظاً عليه، وكالنائم بل أولى المغمى عليه.
ومن سكرَ بلا تعدُّ كأن أوجَرَ مُسكرًا أو أكرهَ على شربه أو لم يعلم أنه مسكرٌ،
بخلاف من سكرَ بتعدُّ فيقعُ طلاقه ولو بالكناية خلافاً لابنِ الرَّفْعَةِ^(٤) كما تقدَّم.
ولو طلقَ ثُمَّ قال: «كنتُ مغمى عليّ» فكما لو قال: «كنتُ مُكرهاً»، أو
طلقَ السكرانَ ثُمَّ قال: «إنما شربتُ المسكرَ مُكرهاً» أو «لم أعلم أن ما شربته
مُسكراً» صُدِّقَ بيمينه، قاله الروياني^(٥)، ولعلَّه إذا وُجِدَتْ قَرينةُ الإكراه، وبحَثِّ
الأذرعِ^(٦) وجوبُ الاستفسارِ، فإن ذكرَ ما يحصلُ به الإكراه، وإلا قُضِيَ عليه
بالوقوع.



(١) «بحر المذهب» (١٠/ ١١٠).
(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٦٣).
(٣) «روضة الطالبين» (٨/ ٦١).
(٤) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٣/ ٤١٦).
(٥) «بحر المذهب» (١٠/ ١١٠).
(٦) «قوت المحتاج» (٦/ ٣١٧ - ٣١٩).

(فصل)

في الرجعة

فتح الرّاء وكسرها، وهي لغة: المرأة من الرجوع، وشرعاً: ردُّ^(١) المرأة إلى النّكاح في العدة من طلاق غير بائن.

(وَإِذَا طَلَّقَ) الحُرُّ بدليل قوله الآتي: أو اثنتين بنفسه أو نائبه وطلاقه طلاق الحاكم في الإيلاء ولا يكون إلا واحدة كما سيأتي.

(امْرَأَتَهُ) المدخول بها ولو في الدبر أو استدخلت ماءه كما يشعر بذلك قوله: ما لم تنقض عدتها (وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ^(٢)) بلا عوض بدليل ما تقدّم في الخلع، (قَلَّةٌ) إذا كان أهلاً للنكاح بنفسه ولو في الجملة (مَرَّاجَعْتُهَا) وإن كان شرط عدمها أو قال: أسقطت حق الرجعة بلفظ - ولو بالعجمية وإن أحسن العربية - صريح كراجعتك أو ارتجعتك أو رجعتك، وإن لم يقل إليّ أو إلى نكاحي، أو قال: راجعتك للضرب أو نحوه ما لم يقصد بالمراجعة ذلك فقط، أو أمسكتك وكانت مراجعة أو مرتجة أو مسترجعة كما صرح به المثلوي^(٣) خلافاً لاشتراط الأذرع^(٤) في ذلك، ونحوه ردّتك إن قيّد بقوله: إليّ، أو إلى نكاحي، خلافاً لقول ابن الرّفعة: إن المشهور عدم اشتراطه، أو كناية كـ «تزوّجتك» أو «رفعت التّحريم» أو «اخترت رجعتك» أو «أعدت ذلك»، وكالكتابة.

ولا بدّ في الجميع كما صرح به الماوردي^(٥) وغيره من الإضافة إلى ضمير أو ظاهر كـ «راجعتُها»، أو هذه أو فلانة ويصفها بما يميّزها، فلو ترك الإضافة

(٢) في (ج)، (ك): «اثنتين».

(٤) «قوت المحتاج» (٦/٤٩٣ - ٤٩٤).

(١) في (ش)، (ك): «عود».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/٣٤١).

(٥) «الحاوي الكبير» (١٠/٣١١).

كَانَ لَعْوًا، لَكِنْ لَوْ التَّمَسَّتْ مِنْهُ الرَّجْعَةُ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(١): احْتَمَلَ الصَّحَّةُ، وَلَا تَحْصُلُ بِغَيْرِ اللَّفْظِ كَالْوَطْءِ وَمَقْدَمَاتِهِ، نَعَمْ لَوْ صَدَرَ ذَلِكَ مِنْ كَافِرٍ وَاعْتَقَدُوهُ رَجْعَةً ثُمَّ أَسْلَمُوا أَوْ تَرَفَعُوا إِلَيْنَا أَقَرَرْنَا هُمْ.

وَخَرَجَ بِالطَّلَاقِ فَسُخِ النِّكَاحُ وَانْفَسَاخُهُ، وَبِالْمَدْخُولِ بِهَا وَبِالْمُسْتَدْخِلَةِ غَيْرُهُمَا، وَبِالْوَاحِدَةِ أَوِ الْاِثْنَيْنِ فِي الْحُرِّ وَالْوَاحِدَةِ فِي الرَّقِيقِ الثَّلَاثُ فِي الْأَوَّلِ وَالْاِثْنَانِ فِي الثَّانِي، وَبِالْعَوْضِ الطَّلَاقُ بِعَوْضٍ، وَبِأَهْلِ النِّكَاحِ غَيْرُهُ كَالْمُرْتَدِّ وَالْمُكْرَهِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، فَلَا مَرَاجَعَةَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَدَخَلَ فِي الْأَهْلِ السَّكَرَانُ؛ أَيِ: الْمُتَعَدِّي بِسُكْرِهِ، وَالْعَبْدُ وَالسَّفِيهُ فَلَهُمَا الْمَرَاجَعَةُ وَلَوْ بِلَا إِذْنٍ، وَإِنْ احتَاجَا إِلَيْهِ فِي ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَالْمَحْرِمُ لِأَنَّهُ فِيهِ الْأَهْلِيَّةُ لَكِنِ الْإِحْرَامُ مَانِعٌ، وَلِئِي الْمَجْنُونِ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ، وَمِثْلُهُ فِيمَا يَظْهَرُ وَلِئِي صَبِيٌّ طَلَّقَ وَحَكَمَ بِطُلَاقِهِ حَنْبَلِيٌّ، وَالْحُرُّ فِي حَقِّ أُمَةٍ طَلَّقَهَا وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ لَهُ ابْتِدَاءُ نِكَاحِهَا لِسَارٍ أَوْ غَيْرِهِ.

وَأَفْهَمَ قَوْلُهُ فَلَهُ عَدَمَ اسْتِحْبَابِهَا، لَكِنْ قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: سَكَنُوا عَنْ كَوْنِهَا سَنَةً أَوْ لَا؛ لِاخْتِلَافِ ذَلِكَ بِحَسَبِ الْحَالِ.

وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ مَرَاجَعَتُهَا حَيْثُ إِذَا كَانَتْ مَعِينَةً، فَلَوْ طَلَّقَ عَلَى الْإِبْهَامِ إِحْدَى أَمْرَانِيهِ ثُمَّ رَاجَعَهَا أَوْ طَلَّقَهُمَا ثُمَّ رَاجَعَ وَاحِدَةً عَلَى الْإِبْهَامِ؛ لَمْ يَصِحَّ.

وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا مَعِينَةً ثُمَّ نَسِيَهَا فَقَالَ: رَاجَعْتُ الْمُطَلَّقَةَ فَهَلْ يَصِحُّ؟ وَجَهَانٍ قَابِلَةٌ لِلْحَلِّ فَلَا تَصِحُّ مَرَاجَعَتُهَا حَالَ رَدِّهَا كَحَالِ رَدِّتِهِ، وَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ مِنْهُمَا إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

(١) «قوت المحتاج» (١/٥٠١).

(مَا لَمْ تَنْقُضِ عِدَّتَهَا) الواجبة بالطلاق وإن لم تشرع فيها كأن طلقها في حيض أو نفاس أو في عدة حمل وطء شبهة، أو حملت من وطء شبهة بعد الطلاق، فإن الحيض والنفاس لا يحسب من العدة، وعدة حمل الشبهة مقدمة على عدة الطلاق، نعم ليس له المراجعة وقت وطء الشبهة لخروجها حينئذ عن عدتها بكونها فرائشاً للواطىء ولا بعد انقضاء مقدار العدة بعد الطلاق فيما لو خالطها بعده مخالطة الأزواج قلنا بالأصح وهو بقاء العدة وعدم انقضائها مع المخالطة^(١).

(فَإِذَا^(٢)) انقضت عدتها المذكورة لم يكن له مراجعتها وإن لم تنقض عدتها على الإطلاق كأن وطئها في العدة فإنها تستأنف عدة للوطء من فراغه، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق ولا يرجع إلا في تلك البقية، نعم إن أحبلها بذلك الوطء أو كانت حاملاً فله المراجعة إلى الوضع لوقوعه عن الجهتين، ولكن (كَانَ لَهُ نِكَاحُهَا) أي: تزوجها. وقوله: (بِعَقْدٍ جَدِيدٍ) إيضاح، ويحتمل على بعد أنه أراد بالنكاح الوطء، فيكون هذا للتقييد.

(و) إذا راجعها أو نكحها بعقد جديد على ما تقرر (تَكُونُ مَعَهُ عَلَى مَا بَقِيَ) له عليها (من) عدد (الطلاق) فإن كان لم يطلقها قبل هذا الطلاق كانت معه على طلقتين إن كان هذا الطلاق واحدة وعلى طليقة إن كان طلقتين.

ولو ادّعت انقضاء العدة فأنكر الزوج صدقت بيمينها إن أمكن وكان اعتداؤها بالأقراء أو الوضع، وإن خالف عادتها، بخلاف ما لو لم يمكن لنحو صغر أو يأس أو كان اعتداؤها بالأشهر فيصدق بيمينه، أو ادّعى الرجعة فأنكرت، فإن كانت العدة باقية صدق بيمينه، وإن كانت منقضية ففيه تفصيل في المبسوطات. ولا يشترط في صحة الرجعة تحقق وقوع الطلاق، فلو علقه على شيء ثم

(١) في (ح). «المحافظة».

(٢) في (ع)، (د). «إن».

شكَّ في حصوله فراجع ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ حَاصِلًا^(١) صَحَّ كَمَا نَقَلَ عَنْ «الْبَحْرِ»^(٢)،
وإن نَقَلَ عَنْهُ خِلَافَهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ أُثْبِتُ، كَمَا نَقَلَ الْأَذْرَعِيُّ^(٣)، وَلَا الْإِشْهَادُ
عَلَيْهَا لَكِنْ يُسَنُّ، فَإِنْ تَرَكَهُ اسْتَحِبَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى إِقْرَارِهِ بِهَا، فَقَدْ يَتَنَازَعَانِ فَلَا
يُصَدَّقُ فِيهَا، وَجَمِيعُ مَا تَقَرَّرَ فِي الْحُرِّ إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ يَجْرِي فِيهِمَا
رُقٌّ إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً.

(فَإِنْ طَلَّقَهَا) أَي: طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْحُرَّ (فَلَا تُنَا) أَوْ مَنْ فِيهِ رُقٌّ طَلَقْتَيْنِ (لَمْ تَحِلَّ لَهُ
إِلَّا بَعْدَ وُجُودِ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ) وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَمَلَكَهَا بَشَرًا أَوْ غَيْرَهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ
لظَاهِرِ الْقُرْآنِ، وَهِيَ:

(١) (انْقِضَاءُ عِدَّتِهَا مِنْهُ)^(١)

(٢) (وَتَزْوِجُهَا بِغَيْرِهِ) تَزْوِجًا صَحِيحًا، فَلَا يَكْفِي الْفَاسِدُ وَالْوُطْءُ بِمَلَكَ
أَوْ شُبْهَةٍ،

(٣) (وَدُخُولُهُ) أَي: الْغَيْرِ (بِهَا، وَ) الْمُرَادُ بِالْدُخُولِ بِهَا (إِصَابَتُهَا) بِأَنْ تَغِيبَ
بَقِيلُهَا لَا بِدُبُرِهَا حَشَفَتُهُ أَوْ قَدْرُهَا مِنْ مَقْطُوعِهَا.

قَالَ الْإِمَامُ: وَالْمُعْتَبَرُ الْحَشَفَةُ الَّتِي كَانَتْ لِلْمَقْطُوعِ^(٥)، وَلَوْ مَعَ حَائِلٍ وَمَعَ
عَدَمِ الْإِنْزَالِ مَعَ إِزَالَةِ بَكَارَتِهَا إِنْ كَانَتْ بَكَرًا وَلَوْ غَوْرًا^(٦) كَمَا نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ^(٧)
عَنِ الْبَغَوِيِّ وَأَقْرَأَهُ، وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْكَفَايَةِ»^(٨)، وَحَكَاهُ الْمَحَامِلِيُّ عَنْ نَصِّ «الْأُمِّ»،
وَإِنْ جَرَى الْأَذْرَعِيُّ تَبَعًا «لِلْمَطْلَبِ» عَلَى خِلَافِهِ.

(١) فِي (ش)، (ج): «جَاهِلًا». (٢) «بَحْرُ الْمَذْهَبِ» (١٠/١٨٢).

(٣) «قَوْتُ الْمَحْتَاكِ» (٦/٤٩٨). (٤) لَيْسَتْ فِي (هـ)، (ج).

(٥) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٨/٥١). (٦) فِي (ش): «عِذْرَاهُ».

(٧) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٨/٥١)، وَدُرُوضَةُ الطَّالِبِينَ (٧/١٢٤).

(٨) «كَفَايَةُ النَّبِيِّ فِي شَرْحِ النَّبِيِّ» (١٤/٢٠٧).

وانتشار الآلة ولو انتشاراً ضعيفاً، وإن استعان بإصبعه أو إصبع غيره، بخلاف ما لو انتفى الانتشار بالكلية لشلل أو غيره، فعلم أن الاعتبار الانتشار بالفعل، وهو الأصح، وبه قطع الجمهور كما في «الروضة»^(١).

وكون ذلك الغير المصيب أهلاً للوطء بأن يتأتى منه ولو صبيًا ومجنونًا ورقيقًا وخصيًا ومحرماً وصائماً، بخلاف صغير لا يتأتى منه كطفل، وإن كانت المرأة محرمة أو معتدة عن شبهة أو حائضة أو صائمة أو مظهرًا منها، وكذا صغيرة لا تستهي وإن صوب الأذرع خلافه وحكاه عن النص، أو غير ذلك، لكن يشترط عدم اختلال النكاح، فلا يكفي وطء رجعية ولا وطء في حال ردء أحدهما، وإن راجعها أو راجع المُرْتَدُّ إلى الإسلام، ويُتصور ذلك بأن استدخلت ماءه أو وطئها في الدُّبُر قبل الطلاق أو الردء.

(٤) (وَيَبْنُونَهَا مِنْهُ) أي: الغير يعني بأن يُطْلَقَهَا ولو رجعيًا،

(٥) (وَانْقِضَاءُ عِدَّتِهَا عَنْهُ) أي: عن ذلك الغير، ولو ادَّعَتِ التَّحْلِيلَ وانقضاء العدة عند الإمكان صدقت بيمينها، وإن كذَّبها ذلك الغير في وطئه لها لعسر إقامة البيّنة على الوطء، وللأول تزويجها وإن ظنَّ كذبها لتصديقها.

ولا اعتبار بظن لا مستند له، لكنه يُكره فإن صرح بكذبها امتنع عليه تزويجها إلى أن يقول: تيقنت صدقها، ولو كذَّبها الغير والولي والشهود لم تحل على الأصح كما نقله في «الروضة»^(٢) عن المروزي، لكن صحح البلقيني الحِلَّ ونقله عن البراز^(٣).

(١) «روضة الطالبين» (١٢٤/٧). (٢) «روضة الطالبين» (١٢٧/٧).

(٣) كذا في (ع)، وهو الموافق لما في «أسس المطالب». وفي بقية السخ: الرازي. والذي في مصادر ترجمته: «الراز»، وكذا سيأتي في موضع من هذا الكتاب، وهو أبو الفرج الرازي عند الرحمن بن أحمد السرحسي ترجمته في «طبقات الشافعية الكبرى» (١٠١/٥).

ولو أنكرت النكاح ثم كذبت نفسها وأدعت نكاحاً بشروطه، فللأول تزوجها إن صدقها، ولو أخبرته بالتحليل ثم رجعت، فإن كان قبل أن يعقد عليها قبل رجوعها أو بعده لم يقبل، ولو أنكرت الإصابة لم يكن للأول تزوجها^(١)، وإن اعترف بها الغير أو أنكر الغير الطلاق، فللأول تزوجها^(٢) باطنا إن علم الطلاق لا ظاهراً ولا إذا لم يعلمه.

ولو ادعت أنه طلقها ثلاثاً ثم كذبت نفسها وقالت: «ما طلقني إلا واحدة أو اثنتين» فلها التزوج به بغير تحليل، قاله في «الأنوار»^(٣)، ووُجّه بأنها لم تبطل برجوعها حقاً للغير، ولك أن تقول: قد تعلق حق الله بالتحليل في حقها، فكيف يقبل إبطاله برجوعها.



(٢) في (ج): «تزوجها».

(١) في (ش): «تزوجها».

(٣) «الأنوار» (٢/ ٦٠٠).

(فصل)

في الإيلاء

وهو حرام للإيذاء، وحده شرعاً ما يؤخذ من قوله: (وَإِذَا حَلَفَ) مَنْ يَصْحُ طلاقه ولو رقيقاً ومريضاً وخصبياً وعينياً وكافراً وسكراناً، بالله أو بصفة من صفاته، أو بالتزام ما يلزم بالنذر، أو بتعليق طلاق أو عتق ولم تنحل اليمين فيه إلا بعد أربعة أشهر على (ألا يطأ زوجته) التي يمكنه حساً وشرعاً وطئها فيما قدره من المدة الآتي بيانها وطئاً ممكناً شرعاً، وإن كانت أمة وصغيرة ومريضة ورجعية، وإن كان لا يؤجل له إلا بعد إطفاء الوطء والمراجعة سواء حلف على ترك وطئها (مطلقاً) بأن لم يقيد بمدة ولا بالأبد أو على تركه أبداً بأن قيد بالأبد، (أو) على تركه (مدة تزيد) ولو في اعتقاده فقط (على أربعة أشهر) ولو بما لا يسع المطالبة الآتية كما قاله الإمام وأقره الشيخان^(١).

وفائدته حينئذ الإثم لإيذائها وقطع طمعها من الوطء في تلك المدة، لكن صرح الماوردي^(٢) بأنه لا بد أن تسع الزيادة المطالبة، ونقله ابن الرفعة^(٣) وغيره عن مقتضى النص كقوله: «والله لا أطؤك» أو «لا أطؤك أبداً»، أو «لا أطؤك خمسة أشهر»، أو «حتى ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام»، أو «حتى أموت أو تموتي أو يموت زيد»، أو «إن وطئتك فليل علي صلاة أو صوم أو عتق»، أو «فضررتك طالق»، أو «فعبدي حر»، سواء أطلق أو قيد بما ذكر (فهو مؤول) وسيأتي حكمه.

(١) الشرح الكبير (٢٢٤/٩)، وروضة الطالبين (٢٤٦/٨).

(٢) الحاوي الكبير (٣٦٧/١٠).

(٣) كفاية البية في شرح التبية (٢٣١ - ٢٣٠/١٤).

وخرَجَ بِمَنْ يَصِحُّ طلاقُه: غيرُه؛ كصبيٍّ ومجنونٍ ومكره، وبالزَّوجة غيرُها كالملوكة والأجنبيَّة وإن نكَّحها بعد ذلك، وبالوطء التمتعُ بغيره، وبكونه ممكنًا حسًا ما لو لم يُمكن ذلك لنحو شلِّه أو جبَّ ذكره أو بعضه، بحيث لم يبقَ منه قدرُ الحشفة، بخلاف ما لو جبَّ ذكره بعد الإيلاء فإنه لا يبطل، ونحو رفقها أو قرنِها.

وبكونه ممكنًا شرعًا: الوطء في الدُّبُر أو في نحو حيضٍ ونفاسٍ، فلو قال: «والله لا أطوئك في الدُّبُر أو الحيض أو النفاس» فلا إيلاء، بخلاف ما لو قال: «والله لا أطوئك إلَّا في الدُّبُر» فهو مولٍ، وكذا «إلَّا في الحيض» أو «في النفاس» أو «نهار رمضان» أو «المسجد» في أحد وجهين أفتى به البغويُّ في غير صورة النفاس^(١)، وجزم به في «الذَّخائِر» ورجَّحه جمعُ منهم ابنُ الرُّفعة والإسويُّ؛ لأنَّ الوطء مُحَرَّمٌ في هذه الأحوال، فهو ممتنعٌ منه، وعليها الامتناعُ.

ويُوجَلُّ له المدةُ الآتيةُ ثُمَّ يُطالبُ بالوطء أو الطَّلاق، فإن وطئها في هذه الأحوال سقطت مطالبتُه في الحال؛ لانتفاء المضارَّة، ثم تُضربُ المدةُ ثانيًا لبقاءِ اليمينِ كما لو طلقَ المولي بعد فراغِ المدة ثُمَّ راجعَ فإنه تُضربُ له المدةُ ثانيًا.

لكن الذي جزمَ به السرخسيُّ^(٢) والرافعيُّ في «الشَّرح الصَّغِير» في صورتَي الحيضِ والنفاسِ ومثلهما البقيةُ أنه لا إيلاء؛ لأنَّه لو جامعَ فيهما حصلتِ الفَيْثَةُ فاستثنأوه يمتنعُ انعقادُ الإيلاء.

وبكونِ المحلوفِ عليه تركَ الوطء مُطلقًا أو أبدًا، أو المدةُ المذكورة: ما ليس كذلك، كما في قوله: «والله لا أطوئك أربعة أشهرٍ، فإذا مضتْ فوالله لا أطوئك أربعة أشهرٍ أُخرى» فلا يكونُ بذلك موليًا وإن أئمَّ إثمَ الإيذاء والمضارَّة.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/٣٥٤).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/٣٥٤).

ولو أَسْقَطَ لَفْظَ الْجَلَالَةِ الثَّانِيَةَ كَانَ مَوْلِيًّا؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ اشْتَمَلَتْ عَلَى مَدَّةٍ تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، صَرَّحَ بِذَلِكَ ابْنُ الرَّفْعَةِ^(١). وَلَوْ قَالَ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ: «أَرَدْتُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْهَا» ذُبِّنَ.

(و) إِذَا صَارَ مَوْلِيًّا فَمِنْ أَحْكَامِهِ أَنَّهُ (يُوجَلُّ لَهُ) وَإِنْ كَانَا رَقِيقَيْنِ وَلَوْ بِلَا حَاكِمٍ أَوْ مُحْكَمٍ (إِنْ سَأَلَتْ) الزَّوْجَةُ (ذَلِكَ) التَّأْجِيلَ (أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ) مَتَوَالِيَةً مِنْ حِينَ الْإِبْلَاءِ إِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ رَجْعِيَّةٍ وَمِنْ حِينَ الرَّجْعَةِ إِنْ كَانَ مِنْ رَجْعِيَّةٍ، وَمِنْ حِينَ زَوَالِ الْمَانِعِ مِنَ الْوَطْءِ إِنْ كَانَ بِهَا مَانِعٌ كَصِغَرٍ وَمَرْضٍ.

وَيَنْقَطِعُ التَّوَالِي بِطُلَاقِ رَجْعِيٍّ وَرَدَّةِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الدُّخُولِ وَبِمَانِعٍ مِنَ الْوَطْءِ قَائِمٍ بِهَا حُسْبِيًّا كَانَ أَوْ شَرْعِيًّا غَيْرَ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ؛ كَالْمَرْضَى وَالْجُنُونِ وَالنَّشْوَزِ وَالتَّلَبُّسِ بِفَرْضٍ مِنْ نَحْوِ صَوْمٍ وَاعْتِكَافٍ وَإِحْرَامٍ وَاعْتِدَادِهَا عَنْ شُبْهَةٍ وَحُسْبِهَا بِحَيْثُ لَا يَصِلُ إِلَيْهَا فَتُسْتَأْنَفُ الْمَدَّةُ بَعْدَ زَوَالِ مَا ذُكِرَ.

نَعَمْ إِنْ طَرَأَ مَا عَدَا الرَّدَّةَ وَالطَّلَاقَ بَعْدَ الْمَدَّةِ وَقَبْلَ مَطَالِبَتِهِ ثُمَّ زَالَ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَائٍ، وَلَا يَنْقَطِعُ بِمَانِعٍ قَائِمٍ بِهِ كَمَرْضِهِ وَجُنُونِهِ وَحُسْبِهِ، وَلَا بِالتَّلَبُّسِ بِنَفْلٍ وَلَا بِحَيْضٍ أَوْ نَفَاسٍ، فَتُحَسَّبُ الْمُدَّةُ مَعَ ذَلِكَ وَهِيَ حَقٌّ لِلزَّوْجِ كَالْأَجْلِ حَقٌّ لِلْمَدِينِ، كَمَا أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: «لَهُ»، لَكِنْ قَضِيَّةٌ قَوْلُهُ إِنْ سَأَلَتْ ذَلِكَ تَوَقَّفَ التَّأْجِيلُ عَلَى سَوَالِهَا، وَهُوَ غَيْرُ مَعْرُوفٍ، وَلَعَلَّ التَّقْيِيدَ بِهِ بِالنَّظَرِ لِمَا يَتَرْتَّبُ عَلَى التَّأْجِيلِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ الْآتِيَةِ وَكَأَنَّ هَذَا هُوَ مَرَادُ الشَّارِحِ بِقَوْلِهِ: وَقَوْلُهُ إِنْ سَأَلَتْهُ يُوْخَذُ مِنْهُ أَنَّهَا إِذْ لَمْ تَسْأَلْ لَا يُطَالَبُ الزَّوْجُ بِشَيْءٍ وَهُوَ كَذَلِكَ كَالْمَدْيُونِ لَا يُطَالَبُ بِشَيْءٍ مَا لَمْ يُطَالِبْهُ^(٢) رَبُّهُ. انْتَهَى.

(١) «كُفَاةُ النِّبِيِّ فِي شَرْحِ النَّبِيَّةِ» (١٤/٢٢٦).

(٢) فِي (ع). «مِمَّا يَطْلُبُهُ»

(ثُمَّ) إِنْ وَطِئَ فِي الْمُدَّةِ أَوْ زَالَ مَلْكُهُ عَنِ الرَّقِيقِ الَّذِي عَلَّقَ عَقْدَهُ عَلَى وَطْئِهَا، أَوْ أَبَانَ زَوْجَتَهُ الَّتِي عَلَّقَ طَلَاقَهَا عَلَى وَطْئِ هَذِهِ انْحَلَّ الْإِبْلَاءُ، ثُمَّ فِي الْوَطْءِ يَلْزِمُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ إِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ تَعَالَى وَمَا التَّزَمَهُ أَوْ كَفَّارَةُ يَمِينِ إِنْ التَّزَمَ قَرَبَةً، وَيَقَعُ مَا عَلَّقَهُ مِنْ طَلَاقٍ أَوْ عَقْدٍ لَوْجُودِ الصُّفَةِ إِنْ عَلَّقَ ذَلِكَ.

وَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَوْجَدْ شَيْءٌ مِمَّا ذُكِرَ فَإِنْ كَانَ بِهَا مَانِعٌ مِنَ الْوَطْءِ حِسِّيٍّ أَوْ شَرْعِيِّ كَمَرَضٍ وَحَيْضٍ، فَلَا مَطَالِبَةَ لَهَا عَلَيْهِ لَا مَتَنَاعَ الْوَطْءِ الْمَطْلُوبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهَا مَانِعٌ فَلَهَا - وَلَوْ بَعْدَ تَرْكِ حَقِّهَا مَا لَمْ تَنْقُصِ مَدَّةُ الْيَمِينِ لِتَجَدُّدِ الضَّرَرِ - رَفَعُهُ إِلَى الْحَاكِمِ وَمَطَالِبَتُهُ لَا لِسَيِّدِ الْأُمَةِ وَلَا لَوْلِي الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ، نَعَمْ يُسَنُّ لِلْقَاضِي تَخْوِيفُهُ بِنَحْوِ: «اتَّقِ اللَّهَ فِي الْفَيْثَةِ أَوْ الطَّلَاقِ»، فَإِذَا كَمَلْتَا ضُبِقَ عَلَيْهِ حَيْثُذِ.

وَإِذَا طَالَبْتَهُ (يُخَيَّرُ^(١) بَيْنَ الْوَطْءِ) وَهُوَ تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ أَوْ قَذَرُهَا فَأَكْثَرَ فِي قُبْلِهَا مَعَ إِزَالَةِ الْبَكَارَةِ وَلَوْ غَوَاءً^(٢)، فَلَا يَكْفِي تَغْيِيبُ مَا دُونَ الْحَشْفَةِ مُطْلَقًا، وَلَا تَغْيِيبُهَا فِي دُبُرِهَا، نَعَمْ إِنْ لَمْ يَصْرُخْ فِي إِبْلَائِهِ بِالْقُبْلِ وَلَا تَوَاهَ بِأَنْ أُطْلِقَ انْحَلَّ بِالْوَطْءِ فِي الدُّبُرِ.

(وَالْتَكْفِيرُ) إِنْ كَانَ الْحَلِفُ بِاللَّهِ تَعَالَى لِحَيْثِهِ بِالْوَطْءِ إِنْ كَانَ بِفِعْلِهِ عَالِمًا عَامِدًا مُخْتَارًا، وَإِلَّا بِأَنْ لَمْ يَكُنْ بِفِعْلِهِ؛ كَأَنْ اسْتَدَخَلَتْ ذَكَرَهُ، أَوْ كَانَ نَاسِيًا أَوْ جَاهِلًا أَوْ مُكْرَمًا أَوْ مُجْنُونًا، فَلَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِ لِعَدَمِ حَيْثِهِ وَعَدَمِ انْحِلَالِ يَمِينِهِ، وَإِنْ سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْمَطَالِبَةِ وَارْتَفَعَ الْإِبْلَاءُ لَوْ صَوَّلَهَا إِلَى حَقِّهَا وَانْدَفَاعِ ضَرَرِهَا، فَإِنْ كَانَ بِالتَّزَامِ أَوْ تَعْلِيلٍ لَزِمَهُ مَوْجِبُ ذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ.

(١) فِي (ع): «تَخِير».

(٢) فِي (ش): «عَدَاء».

(و) بين (الطلاق) وقضية التّخيير بين الأمرين أنّها تردّد^(١) الطّلب بينهما، وهو ما في «المنهاج»^(٢) و«المحرّر» كـ «الرّوضة»^(٣) و«أصلها»^(٤) في موضع، واعتّمده الأذرع^(٥)، وصوّبه الإسوي^(٦) في «تصحيحه»، لكن الذي في «الشرح الصّغير» كـ «التّنبية»^(٧) و«الوجيز»، وجزم به البلقيني في «تدريبه»^(٨) ونقله عن نصّ «الأمّ» وصوّبه الزّركشي أنّها تطالب بالوطء عينا، فإن أبى طالبته بالطلاق، وفي نسخة: «ثمّ يخير بين التّكفير والطلاق»، وكأنّ هذه النسخة هي الواقعة للشارح حيث قال: وقول المصنّف: ثمّ يخير بين التّكفير والطلاق يفيد أنّه إذا رغّب في الفية لا يطأ حتّى يكفر؛ إذ الوطء قبل التّكفير لا يجوز، فعبر بالتّكفير ليفيد ذلك. انتهى. لكن الظاهر أنّ قوله: «إذ الوطء قبل التّكفير لا يجوز» سهو منشؤه انتقال نظره من الإيلاء إلى الظّهار.

ولو قام به مانع لم يمنع من المطالبة بل إن كان طبيعياً؛ كخوف مريض أو زيادته أو بطئه طالبته، فيخير بين قوله: إذا قدرت فنت والطلاق، وإن كان شرعياً كإحرام أو صوم واجب وظهار قبل التّكفير طالبته بالطلاق فقط لحُرمة الوطء، فإن عصى بالوطء ولو في الدُّبر بشرطه السّابق كما مرّ عليه شيخ مشايخنا^(٩) هنا ونمّ سقطت المطالبة لانهلال اليمين، ثمّ ذكر في «شرح المنهج» أنّ سقوط المطالبة بالوطء في الدُّبر لا ينافي عدم حصول الفية بالوطء فيه؛ لأنّه لا يلزم من سقوطها حصول الفية. انتهى.

(١) كتب فوقه في (ع): «معتد».

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٤٤).

(٣) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٤).

(٤) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٤٤).

(٥) «فوت المحتاج» (٦/ ٥٥٩).

(٦) «المهمات» (٧/ ٤٧١).

(٧) «النسبة في الفقه الشافعي» (ص ١٨٥).

(٨) «التدريب في الفقه الشافعي» (٣/ ٣٥٠).

(٩) «أسس المطالب» (٣/ ٣٥٤).

واعترَضَه شيخُنَا^(١) بأنَّه لا فائدة في عدم حصولِ الفَيْتَةِ مع سقوطِ الْمُطَالِيَةِ وانحلالِ اليمينِ، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهُ إِنْ أَرَادَ بَعْدَ حصولِهَا عدمَ حصولِهَا على الوجهِ الشرعيِّ مع انحلالِ اليمينِ وانتفاءِ الْمُطَالِيَةِ فلا إشْكَالَ. انْتَهَى.

والْحَبْسُ بِدَيْنٍ يَقْدِرُ عَلَى وَفَائِهِ لَيْسَ مانِعًا، بَلْ يُطَالَبُ بِالْوَطْءِ أَوْ الطَّلَاقِ، بخلافِ الْحَبْسِ ظُلْمًا.

(فَإِنْ اِمْتَنَعَ) مِنَ الْوَطْءِ وَالطَّلَاقِ (طَلَّقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ) طَلَقًا وَاحِدَةً نِيَابَةً عَنْهُ بِسُؤَالِهَا، بِشَرْطِ حُضُورِهِ عِنْدَهُ لِيُثْبِتَ اِمْتِنَاعَهُ حَتَّى لَوْ شَهِدَ عِدْلَانِ أَنَّهُ أَلَى وَمَضَتْ الْمُدَّةُ وَهُوَ مَمْتَنِعٌ لَمْ يَطْلُقْ عَلَيْهِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْاِمْتِنَاعِ بِحُضُورِهِ، إِلَّا إِنْ تَعَذَّرَ حُضُورُهُ بِتَوَارٍ أَوْ غِيَبَةٍ أَوْ تَمَرُّدٍ، فَلَا يُشْتَرَطُ حُضُورُهُ، بَلْ تَطْلُقُ عَلَيْهِ فِي غِيَبَتِهِ.

قال الدَّارِمِيُّ: وَكَيْفِيَّةُ تَطْلِيْقِهِ أَنْ يَقُولَ: «أَوْقَعْتُ عَلَى فُلَانَةٍ عَنْ فُلَانٍ طَلَقًا» أَوْ «حَكَمْتُ عَلَيْهِ فِي زَوْجَتِهِ بِطَلَقٍ» أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ^(٢)، وَلَوْ طَلَّقَ عَلَيْهِ بَعْدَ وَطْئِهِ أَوْ طَلَاقَهُ لَمْ يَقَعْ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ، أَوْ طَلَّقَ عَلَيْهِ ثُمَّ طَلَّقَ الزَّوْجُ أَوْ وَقَعَ التَّطْلِيْقَانِ مَعًا نَفْذًا جَمِيعًا، وَلَوْ طَلَّقَ عَلَيْهِ مَعَ وَطْئِهِ لَمْ يَقَعْ كَمَا بَحَثَهُ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٣).



(٢) «أَسْنَى الْمُطَالِبِ» (٣/ ٣٥٦).

(١) «أَسْنَى الْمُطَالِبِ» (٣/ ٣٥٧).

(٣) «أَسْنَى الْمُطَالِبِ» (٣/ ٣٥٦).

(فصل)

في الظهار

(وَالظَّهَارُ) شرعاً (أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ) الذي يصحُّ طلاقه ولو عبداً وكافراً وخَصِيّاً
ومُجْبِوياً وممسوحاً وسكراناً، بخلاف من لا يصحُّ طلاقه كصبيٍّ ومجنونٍ ومُكرِهٍ.
(لِزَوْجَتِهِ) أي: في حقها وإن لم يخاطبها ولو أمةً وصغيرةً ومجنونةً ومريضةً
ورثقاءً وقرناءً وكافرةً ورجعيةً وحائضاً^(١) ومعتدةً عن شُبْهَةٍ، بخلاف غير
زوجته؛ كأمته، والباثني منه بخُلْعٍ أو غيره.

(أَنْتِ) أو أُرْسُوكِ أو يدُكِ أو زوجتي أو رأسها أو يدها كظَهْرِ أُمِّي، أو (عَلَيَّ)
أو مِنِّي أو مَعِيَ أو عِنْدِي (كَظَهْرِ أُمِّي) أو نحوها، مِنْ كُلِّ أَثْنَى مُحَرَّمٍ بِنَسَبٍ أو
رضاعٍ أو مصاهرةٍ لم يطرأ تحریمُها عليه؛ كالأُمِّ، والأختِ، وزوجة الأب التي
نَكَحَهَا قَبْلَ ولادته، والزَّبيبةَ الحاصلةَ بعدَ الدُّخُولِ بِأُمِّهَا، بَأَنُ أَبَانِهَا ثُمَّ تَزَوَّجَتْ
بغيره فأنث منه بنت، والمولودة مِمَّنْ أَرْضَعَتْهُ بعدَ إرضاعِها له، ومرضعةُ الأب
أو الأُمِّ، بخلاف غير الأثني من ذَكَرٍ أو تُخْشَى، وغير المحرم وإن حُرِّمَ نِكَاحُهَا
كَأَزْوَاجِهِ وَاللَّيْلِ، وَمَنْ طَرَأَ تَحْرِيمُهَا كَالْمُلَاعِنَةِ، وزوجة الأب التي نَكَحَهَا بعدَ
ولادته وزوجة الابن وأُمُّ الزَّوْجَةِ.

وكالظَّهْرِ الجَنَسُ والبَدَنُ والجملةُ والذَّاتُ والنَّفْسُ والرَّأْسُ والعَيْنُ واليَدُ
والرَّجُلُ والصَّدْرُ والبَطْنُ والفَرْجُ والنِّصْفُ والرُّبُعُ والشَّعْرُ وسائرُ الأجزاء،
وفي «اللباب» و«الروني» أَنَّ ذَكَرَ الأَعْضَاءِ الْبَاطِنَةِ كَالْقَلْبِ والكَبِدِ لَا يَكُونُ^(٢)
ظَهَاراً، قال الزَّرْكَشِيُّ: وهو غَرِيبٌ. وَذَكَرَ أَبُو الْفَرَجِ الرَّازِي أَنَّ كُلَّ مَا يَصِحُّ إِضَافَةُ

(١) في (ش): «وحائضة».

(٢) موقفه في (ع): «معتد».

الطَّلَاقِ إِلَيْهِ صَحَّ^(١) إِضَافَةُ الظَّهَارِ إِلَيْهِ^(٢)، نَعَمْ مَا يَحْتَمِلُ الْكَرَامَةَ كَالرَّأْسِ وَالْعَيْنِ وَالرُّوحِ كَنَائِيَّةٌ يَحْتَاجُ إِلَى نَبْئَةِ الظَّهَارِ، وَكَذَا «أَنْتِ كَأُمِّي» أَوْ نَحْوُهَا بِدُونِ إِضَافَةِ «الظَّهَرِ» أَوْ غَيْرِهِ إِلَيْهَا؛ لِاحْتِمَالِهِ الْكَرَامَةَ أَيْضًا.

وَمَعْنَى نَبْئَةِ الظَّهَارِ كَمَا قَالَ صَاحِبُ «الشَّامِلِ» أَنْ يَنْبُوِيَ أَنَّهَا كَظْهَرِ أُمِّهِ فِي التَّحْرِيمِ وَيَصِحُّ تَوْقِيتُهُ كَقَوْلِهِ: «أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي يَوْمًا» فَإِنْ قَالَ: «خَمْسَةَ أَشْهُرٍ» كَانَ ظَهَارًا مُوقَّتًا وَإِلَاءَةً، وَتَعْلِيْقُهُ كَقَوْلِهِ: «إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْ صُرَّتِكَ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي» فَإِذَا ظَاهَرَ مِنَ الضَّرَّةِ صَارَ مُظَاهَرًا مِنْهَا أَيْضًا.

(فَإِذَا قَالَ ذَلِكَ) لِغَيْرِ الرَّجْعِيَّةِ وَلَمْ يَوْقِئْهُ (وَلَمْ يُنْبِئْهُ بِالطَّلَاقِ) وَلَوْ رَجْعِيًّا بَحِيثٌ لَا يَتَخَلَّلُ بَيْنَهُمَا زَمَنٌ يُمْكِنُ فِيهِ الطَّلَاقُ مَعَ عِلْمِهِ بِوُجُودِ الصَّفَةِ فِي الْمَعْلُوقِ وَمَعَ عَقْلِهِ وَاخْتِيَارِهِ، وَلَا حَصَلَ بَعْدَهُ فَرْقَةٌ بِغَيْرِ الطَّلَاقِ كَذَلِكَ بِمَوْتٍ أَوْ فُسْخٍ مِنْ أَحَدِهِمَا بِنَحْوِ عَيْبِهَا أَوْ عَيْبِهِ، أَوْ انْفِسَاخِ بِنَحْوِ مَلَكَ أَحَدِهِمَا الْآخَرَ وَرَدَّتْهُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ مَعَ إِصْرَارِهِ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلِعَانُهُ بِشَرْطِ تَقْدِيمِ الْقَذْفِ وَالْمُرَافَعَةِ إِلَى الْحَاكِمِ عَلَى الظَّهَارِ (صَارَ عَائِدًا) وَسَيَأْتِي حُكْمُهُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَتْبَعَهُ بِالطَّلَاقِ وَلَوْ رَجْعِيًّا وَلَمْ يُرَاجَعْ أَوْ حَصَلَ بَعْدَهُ فَرْقَةٌ بِغَيْرِ الطَّلَاقِ أَوْ جُنُونَهُ أَوْ إِغْمَائِهِ أَوْ إِكْرَاهِهِ عَلَى تَرْكِ التَّلَفُّظِ بِالطَّلَاقِ بَحِيثٌ لَا يَتَخَلَّلُ بَيْنَهُمَا فِي الْجَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ فَلَا يَصِيرُ عَائِدًا.

وبخلاف ما لو قال ذلك للرجعية أو لغيرها ثم أتبعه بالطلاق الرجعي ثم راجع، أو أقره؛ كـ «أنت علي كظهر أمي يومًا أو شهرًا» كما تقدم، فلا يصير عائدا بما ذكر، بل بالرجعية في الأولتين.

(١) فوفقه في (ع) «معتد».

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٨).

وفارقت الثانية ما لو ارتدت متصلاً بالظهار بعد الدخول ثم أسلم في العدة حيث لا يصير عائداً بالإسلام بل بعده بأن الرجعة إمساك في ذلك النكاح، والإسلام بعد الردة تبديل للذين الباطل بالحق، والحل تابع له، فلا يحصل به إمساك، وإنما يحصل بعده، وبالوطء بمغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها في الثالثة، لكن تجب المبادرة إلى النزع لحرمة الوطء قبل التكفير أو انقضاء المدة كما سيأتي، واستدامة الوطء وطء، وكالمؤقت في ذلك المؤقت بمكان كما بحثه البلقيني قال: ولا يكون عائداً فيه إلا إن وطئها في ذلك المكان، فإذا وطئها فيه حرم وطئها مطلقاً حتى يكفر.

واعترض عليه بأن ما ذكره فيما إذا وطئها فيه من تحريم وطئها مطلقاً حتى يكفر إنما يجيء على طريقته في المؤقت بالزمان، ولأفقياس ما ذكره فيه من عدم التحريم إذا انقضت المدة عدم^(١) التحريم في غير ذلك المكان.

(و) حيث صار عائداً (لزمته الكفارة) وإن ارتفع النكاح بينهما بعد ذلك بموت أو ملك بشراء أو غيره، أو مفارقة بطلاق أو فسخ مع تجديد النكاح. وهل لزمته الكفارة بالظهار^(٢) والعود، أو بالظهار والعود شرط، أو بالعود؛ لأنه الجزء الأخير؟

أوجه، أو جهها كما قال شيخ مشايخنا^(٣) وغيره: الأول، وهو الموافق للمرجح في كفارة اليمين أنها لزمّت باليمين والحنث.

(والكفارة) عُدل إليه عن الضمير الذي هو الظاهر هنا؛ لأنه أوضح، وإشعاراً بعدم اختصاص ما يذكر في كفارة اليمين (عنت) بمعنى إعتاق (رقية) ولو:

(٢) فوقه في (ع). «معتد».

(١) فوقه في (ع) «معتد».

(٣) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦٠)

* مَغْصُوبَةٌ لَا قُدْرَةَ عَلَى انْتِرَاعِهَا،

* وَأَبْقَى لَا قُدْرَةَ عَلَى رَدِّهَا بِشَرْطِ الْعِلْمِ بِحَيَاتِهِمَا، وَلَوْ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ لَا عِلْمَهُمَا بِالْعِتْقِ،

* وَمَرْهُونَةٌ وَجَانِيَةٌ إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ فِيهِمَا مُوسِرًا وَأَعْتَقَهُمَا عَنْ كُفَّارَتِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ مُعْسِرًا أَوْ أَعْتَقَهُمَا عَنْ كُفَّارَةٍ غَيْرِهِ وَلَوْ بَلَا عَوْضٍ كَمَا بَحَثَهُ الْإِسْنَوِيُّ،

* وَمُتَحْتَمًّا^(١) قَتْلُهَا بِالْمُحَارَبَةِ،

* وَحَامِلًا وَتَبَعُهَا الْحَمْلُ، وَإِنْ اسْتِثْنَاهُ؛ لِبَطْلَانِ الْاسْتِثْنَاءِ.

وإِنْ كَانَ الْإِعْتَاقُ فِي دَفْعَتَيْنِ كَأَنْ مَلَكَ مُعْسِرٌ نِصْفَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ عَنْ كُفَّارَتِهِ ثُمَّ مَلَكَ نِصْفَهُ الْآخَرَ فَأَعْتَقَهُ عَنْهَا، فَإِنْ لَمْ يَنْوِهَا عِنْدَ إِعْتَاقِ بَاقِيهِ لَمْ يَجْزِهِ عَنْهَا، أَوْ كَانَ لِنِصْفَيْ رَقَبَتَيْنِ بَاقِيَهُمَا وَكَذَا بَاقِي أَحَدِهِمَا كَمَا اسْتَظْهَرَهُ الزَّرْكَشِيُّ وَغَيْرُهُ^(٢) حُرًّا، مُعْسِرًا كَانَ الْمُعْتَقُ أَوْ مُوسِرًا، أَوْ بَاقِيَهُمَا رَقِيقٌ لَكِنْ سَرَى الْعِتْقُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ عِتْقِ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ كَأَصْلِهِ وَفَرْعِهِ، فَإِذَا تَمَلَّكَه بَنِيَّةُ الْكُفَّارَةِ لَمْ يَجْزِهِ عَنْهَا وَعِتْقُ عَلَيْهِ، وَإِعْتَاقُ بَعْضِ الرِّقَبَةِ إِنْ كَانَ الْبَاقِي حُرًّا أَوْ لَمْ يَسْرِ الْعِتْقُ إِلَيْهِ، أَوْ سَرَى وَلَمْ يَنْوِ بِالْجَمِيعِ الْكُفَّارَةَ، وَإِلَّا أَجْزَأَهُ.

(مُؤْمِنَةٌ) وَلَوْ تَبَعِيَّةُ الْأَصْلِ أَوِ الدَّارِ أَوِ السَّابِي، بِخِلَافِ الْكَافِرَةِ وَالْمُرْتَدَّةِ غَيْرِ مُسْتَحَقَّةِ الْعِتْقِ؛ كَالْمُدَبِّرِ وَالْمُعْلَقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ بَأَنْ يَنْجِزَ عِتْقَهُمَا عَنِ الْكُفَّارَةِ أَوْ يَعْلُقَهُ كَذَلِكَ بِصِفَةٍ أُخْرَى وَتَوَجَّدُ قَبْلَ الْأُولَى بِشَرْطِ كَوْنِهِ عِنْدَ التَّعْلِيقِ بِصِفَةٍ

(١) ي (ع): «وَمُتَحْتَمًّا».

(٢) يَنْظُرُ: «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٣/ ٣٦٥).

الاجزاء، بخلاف مستحقته، كالمُشْتَرَاةِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ، والمُسْتَوْلَدَةِ، والمُكَاتَبَةِ كتابةً صحيحةً، بخلاف الفاسدة.

نَعَمْ لو كَاتَبَ الْمُعَلَّقَ عَتَقَهُ بِصَمَةِ عَنِ الْكُفَّارَةِ فَوُجِدَتِ الصِّفَةُ أَجْزَاءً إِنْ وُجِدَتْ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُعَلَّقِ، عَلَى مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الرَّافِعِيِّ^(١)، بَلَا عِوَضٍ لِلْمُعْتَقِ عَلَيْهَا أَوْ عَلَى غَيْرِهَا، فَلَوْ قَالَ: «أَنْتَ حُرٌّ عَنْ كَفَّارَتِي إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَوْ أَعْطَانِي زَيْدٌ كَذَا» لَمْ يَجْزِهِ عَنْهَا، وَلَا يُصَدَّقُ فِي عَدَمِ إِرَادَةِ الْعِوَضِ لَتَكْذِيبِ قَرِينَةِ ذِكْرِهِ لَهُ.

(سَلِيمَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ) إِضْرَارًا بَيْنًا وَإِنْ لَمْ تَسَلِّمْ عَنِ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلرَّدِّ فِي الْبَيْعِ^(٢) فَيُجْزَى الصَّغِيرُ وَالْمَرِيضُ الَّذِي يُرْجَى بَرُوهُ وَإِنْ لَمْ يَبْرَأْ، وَالَّذِي لَا يُرْجَى بَرُوهُ إِنْ بَرِئَ، وَالْأَقْرَعُ، وَالْأَعْرَجُ الَّذِي يُمْكِنُهُ تَتَابُعُ الْمَشْيِ، وَالْأَعُورُ الَّذِي لَمْ يُضْعِفْ عَوْرَهُ بِصَرَ عَيْنِهِ السَّلِيمَةَ ضَعْفًا يُخْلُ بِالْعَمَلِ، وَالْأَصْمُ، وَالْأَخْرُسُ الَّذِي يَفْهَمُ الْإِشَارَةَ وَتُفْهَمُ إِشَارَتُهُ، وَالْأَخْشَمُ، وَالْمَجْنُونُ الَّذِي لَمْ يَغْلِبْ جَنُونُهُ، وَالْمُغْمَى عَلَيْهِ، وَفَاقِدُ الْأَنْفِ وَالْأَذْنَيْنِ وَأَصَابِعِ الرَّجْلَيْنِ وَالْخَنْصِرِ مِنْ أَحَدَى الْيَدَيْنِ وَالْبَنْصِرِ مِنَ الْآخَرَى وَالْأَنْمَلَةَ مِنْ غَيْرِ الْإِبْهَامِ وَالْأَنَامِلِ الْعُلْيَا مِنَ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ.

بِخِلَافِ الشَّيْخِ الْهَرَمِيِّ أَوْ النَّحِيفِ، بِحَيْثُ يَعْجِزُ عَنِ الْعَمَلِ، وَالزَّمِنُ وَالْمَرِيضُ الَّذِي لَا يُرْجَى بَرُوهُ إِذَا لَمْ يَبْرَأْ، وَالْمَجْنُونُ الَّذِي إِفَاقَتُهُ أَقْلٌ، وَكَذَا الَّذِي إِفَاقَتُهُ أَكْثَرُ إِذَا كَانَ يَعْقِبُهَا ضَعْفٌ مَانِعٌ مِنَ الْعَمَلِ زَمَانًا لَوْ انْصَمَّ إِلَى زَمَنِ الْجُنُونِ كَانَ الْمَجْمُوعُ أَكْثَرَ مِنْ زَمَنِ الْإِفَاقَةِ، كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ وَمَنْ تَبِعَهُ، وَالْأَعْمَى وَإِنْ أَبْصَرَ، وَالْغَائِبُ الَّذِي انْقَطَعَ خَبَرُهُ، نَعَمْ إِنْ عَلِمَ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ حَيَاتُهُ أَجْزَاءً، وَكَذَا إِذَا كَانَ انْقِطَاعُ خَبَرِهِ لَخَوْفِ الطَّرِيقِ كَمَا قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ تَبَعًا لِلْإِمَامِ.

(١) «الشرح الكبير» (٣٠٢/٩).

(٢) فِي (ش)، (ج)، «العيب».

وفاقد أصابع إحدى اليدين، وفاقد اليد أو الرجل أو الإبهام أو السبابة أو الوسطى أو الخنصر أو البنصر من يد أو أُنْمَلَتَيْنِ مِنْ كُلِّ مِنَ الْخَنَصْرِ وَالْبَنَصْرِ أو أُنْمَلَةٌ مِنَ الْإِبْهَامِ.

ولا يجوزُ الْمُوَصَّى بِمَنْفَعَتِهِ أَبَدًا أو مَدَّةً مَعَيَّنَةً وَلَا الْمُسْتَأْجَرُ لِعَجْزِهِمَا عَنِ الْكَسْبِ لِنَفْسِهِمَا، وَلِلْحِلُولَةِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَنَافِعِهِمَا، وَهَذَا فَارَقَ الْمَرِيضَ الَّذِي يُرْجَى بَرُّهُ وَالصَّغِيرَ، نَعَمْ لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْ مَدَّةِ الْوَصِيَّةِ أَوْ الْإِجَارَةِ إِلَّا مَا لَا يُقَابَلُ بِأَجْرَةٍ، فَبَحَثَ بَعْضُهُمُ الْإِجْزَاءَ حِينَئِذٍ.

(فَإِنْ لَمْ يَحْذَرْ أَيُّ: الرِّقَبَةُ الْمَذْكُورَةُ حِسًّا أَوْ شَرْعًا عِنْدَ الشُّرُوعِ فِي التَّكْفِيرِ بِأَن فَقَدَهَا حِينَئِذٍ وَلَمْ يَتَوَقَّعْ وَجُودَهَا، أَوْ احتَاجَ إِلَيْهَا لِنَحْوِ مَرَضٍ أَوْ زَمَانَةٍ وَمَنْصَبٍ، أَوْ فَقَدَ ثَمَنَهَا أَوْ احتَاجَ إِلَيْهِ فِي كَفَايَةِ مَمُونِهِ، أَوْ كَانَ زَائِدًا عَلَى ثَمَنِ الْمَثَلِ، أَوْ لَمْ يُفْضَلْ عَنْ نَحْوِ رَأْسِ مَالٍ يَتَجَرَّ فِيهِ وَعَقَارٍ يَسْتَعْلَلُهُ بِحَيْثُ لَوْ صَرَفَهُ صَارَ مَسْكِنًا، وَعَنْ نَفْسٍ نَحْوِ مَسْكَنِ وَعَبْدٍ أَلْفَهُمَا وَلَمْ يُفْضَلْ مِنَ الْمَسْكَنِ عَنْ كَفَايَتِهِ مَا يَفِي ثَمَنُهُ بِهَا، أَوْ لَمْ يَأْلَفْهُمَا لَكِنْ لَمْ يُمْكِنْ بَيْعَهُمَا تَحْصِيلَ غَرَضِي الْخِدْمَةِ أَوْ السُّكْنَى وَالْإِعْتَاقَ بِأَن يَفِي ثَمَنُهُمَا بِهِمَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ غَابَ مَالُهُ أَوْ فَقَدَهَا وَتَوَقَّعَ وَجُودَهَا.

(فَصَبَامُ شَهْرَيْنِ) هَلَالَيْنِ، نَعَمْ إِنْ انْكَسَرَ الْأَوَّلُ تَمَّ مِنَ الثَّلَاثِ ثَلَاثِينَ (مُتَتَابِعَيْنِ) وَاجِبَةٌ، وَإِنْ وَجَدَ الرِّقَبَةَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَلَا يُلْزَمُهُ الْإِنْتِقَالُ إِلَيْهَا وَإِنْ كَانَ أَفْضَلَ، وَحِينَئِذٍ يَقَعُ مَا فَعَلَهُ تَطَوُّعًا وَيَبْطُلُ التَّابِعُ بِفِطْرِ يَوْمٍ وَلَوْ لِعُدْرَةٍ؛ كَسْفِرٍ وَمَرَضٍ وَإِكْرَاهٍ وَتَحُلُّلِ عِيدِ الْفِطْرِ أَوْ النَّحْرِ، فَيُجِبُ اسْتِنَافُ الشَّهْرَيْنِ وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ صَوْمَ الْيَوْمِ الْآخِرِ أَوْ الْيَوْمِ الَّذِي نُسِبَتِ النَّبَةُ لَهُ، لَا إِنْ كَانَ لِحَيْضٍ أَوْ نَفَاسٍ أَوْ إِغْمَاءٍ مُسْتَعْرِقٍ أَوْ جُنُونٍ.

نَعَمْ لو كان عَادَتُهَا فِي الطَّهْرِ تَمْتَدُّ إِلَى شَهْرَيْنِ فَشَرَعَتْ فِي الصَّوْمِ فِي وَقْتٍ
يَتَخَلَّلُهُ الْحَيْضُ بَطَلَ التَّائِبُ، نَقَلَهُ فِي «الرَّوْضَةِ»^(١) عَنِ الْمُتَوَلَّى، وَفِي «الشَّامِلِ»
عَنِ الْأَصْحَابِ، وَحَيْثُ بَطَلَ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ انْقِلَابِ مَا مَضَى نَفْلًا وَلَا فَلَ. وَإِذَا
شَرَعَ فِي صَوْمِ الشَّهْرَيْنِ امْتَنَعَ عَلَيْهِ تَرْكُهُ بغير عَذْرٍ؛ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ وَاحِدَةٌ.

(فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ) صِيَامَ الشَّهْرَيْنِ لَهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ لَا يُرْجَى زَوَالُهُ، أَوْ يَدُومُ
شَهْرَيْنِ غَالِبًا فِيمَا يَظُنُّ بِالْعَادَةِ، أَوْ بِقَوْلِ الْأَطْبَاءِ، أَوْ خَوْفِ زِيَادَةِ الْمَرَضِ، أَوْ
لِحُوقِ مَشَقَّةٍ شَدِيدَةٍ بِالصَّوْمِ أَوْ تَتَابِعِهِ، وَلَوْ بِسَبَبِ شَدَّةِ شَهْوَةِ الْوَطْءِ.

(فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا) أَوْ فَقِيرًا، أَوْ أَرَادَ بِالْمِسْكِينِ مَا يَشْمَلُهُ عَلَى قَاعِدَةٍ إِذَا
افْتَرَقَا اجْتَمَعَا مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ، فَخَرَجَ مَنْ عَدَا الْمِسْكِينِ وَالْفَقِيرِ، وَنَحْوِ الْكَافِرِ
وَالِهَاشِمِيِّ وَالْمُطَّلَبِيِّ، وَمَوْلَى كُلِّ مِنْهُمَا، وَالرَّقِيقِ وَمَنْ يَلْزَمُ الْمُكْفَرُ مَوْتُهُ.

(كُلُّ مِسْكِينٍ) مِنْهُمْ (مُدًّا) مِمَّا يَجْزِي فِي الْفِطْرَةِ؛ كَبُرَ، وَشَعِيرٌ، وَلَبَنٌ، وَأَقِطٌ
وَاجِبَةٌ، كَانَ يَدْفَعُ إِلَى كُلِّ مِسْكِينٍ مُدًّا وَيَقُولُ: «مَلَكْتُكُمْ هَذَا» مُشِيرًا إِلَى جِهَةِ
الْأَمْدَادِ، سِوَاءِ أَطْلَقَ أَوْ قَالَ بِالسَّوِيَّةِ فَيَقْبَلُوهُ، أَوْ خُذُوهُ فَيَأْخُذُوهُ بِالسَّوِيَّةِ،
بِخِلَافِ نَحْوِ إِطْعَامِ نَحْوِ الْخُبْزِ وَاللَّحْمِ، وَإِطْعَامِ أَقَلِّ مِنْ سِتِّينَ، أَوْ إِطْعَامِ سِتِّينَ
مُدًّا لَوَاحِدٍ فِي سِتِّينَ يَوْمًا، فَلَوْ دَفَعَ سِتِّينَ مُدًّا إِلَى ثَلَاثِينَ مِسْكِينًا أَجْزَاهُ إِطْعَامُ
ثَلَاثِينَ إِنْ لَمْ يَنْقُصْ كُلُّ وَاحِدٍ عَنْ مُدٍّ وَلِزِمَهُ صَرْفُ ثَلَاثِينَ مُدًّا إِلَى ثَلَاثِينَ
غَيْرِهِمْ، وَلَهُ اسْتِرْدَادُ الْبَاقِي مِنْهُمْ إِنْ أَعْلَمَهُمْ بِكُونِهَا كَفَّارَةً.

وَبِخِلَافِ مَا لَوْ تَفَاوُتُوا فِي الْأَمْدَادِ السِتِّينَ، نَعَمْ لَوْ أَخَذُوا الْجُمْلَةَ عَلَى
الِاسْتِرَاكِ ثُمَّ افْتَسَمُوا لَمْ يَضُرَّ التَّفَاوُتُ فِي الْمَأْخُودِ بَعْدَ الْاِقْتِسَامِ فِي الْأَجْزَاءِ
لِمَلِكِهِمْ قَبْلَهُ، وَمَا لَوْ كَانَ الْمَدْفُوعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَقَلَّ مِنْ مُدٍّ، فَلَوْ صَرَفَ سِتِّينَ

مُدًّا لِمِئَةٍ وَعِشْرِينَ بِالسَّوِيَّةِ أَجْزًا مِنْهُ ثَلَاثُونَ مُدًّا فَيَصِرُ ثَلَاثِينَ مُدًّا لِسِتِّينَ مِنْهُمْ وَيَسْتَرِدُّ الْبَاقِي مِنَ الْبَاقِينَ إِنْ أَعْلَمَهُمْ بِأَنَّهَا كَفَّارَةٌ.

وَلَوْ دَفَعَ الْأَمْدَادَ إِلَى الْإِمَامِ فَتَلَفَتْ فِي يَدِهِ لَمْ يُجْزَئْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُ لِلْإِمَامِ عَلَى الْكُفَّارَةِ، وَلَوْ عَجَزَ عَنِ الْإِطْعَامِ أَيْضًا بَقِيََّتِ الْكُفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ، فَيَاذَا قَدَرَ عَلَى خَصْلَةٍ فَعَلَهَا وَلَا يَتَّبِعُضُ الْعِتْقُ وَلَا الصَّوْمُ، بِخِلَافِ الْإِطْعَامِ، فَلَوْ قَدَرَ عَلَى مُدٍّ أَوْ بَعْضِهِ لَزِمَهُ إِخْرَاجُهُ وَبَقِيَ الْبَاقِي فِي ذِمَّتِهِ، فَلَوْ قَدَرَ بَعْدَ إِخْرَاجِهِ عَلَى الْعِتْقِ أَوْ الصَّوْمِ فَيَنْبَغِي أَلَّا يَلْزَمَهُ الْإِنْتِقَالُ إِلَيْهِ؛ لِشُرُوعِهِ فِي الْإِطْعَامِ، وَالْقُدْرَةُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي خَصْلَةٍ عَلَى مَا قَبْلَهَا لَا تَوْجِبُ الْإِنْتِقَالَ إِلَيْهِ كَمَا نَصُّوا عَلَيْهِ، نَعَمْ لَوْ عَجَزَ عَنِ إِمْتَامِ مَا شَرَعَ فِيهِ وَقَدَرَ عَلَى مَا قَبْلَهُ، كَانَ عَجَزٌ عَنِ الصَّوْمِ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِيهِ ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الْإِعْتَاقِ، فَالظَّاهِرُ وَجُوبُ الْإِنْتِقَالِ.

هَذَا كُلُّهُ فِي الْحُرِّ الرَّشِيدِ، وَمِنَ الذَّمِّيِّ فَيُكْفَرُ بِالْإِعْتَاقِ وَالْإِطْعَامِ لِصَحَّتِهِمَا مِنْهُ، وَيُتَصَوَّرُ إِعْتَاقُهُ الرَّقَبَةَ الْمُؤَمَّنَةَ بِنَحْوِ أَنْ يُسَلَّمَ عَبْدُهُ الْكَافِرُ، أَوْ يَرِثَ عَبْدًا مُسْلِمًا، أَوْ يَقُولَ لِمُسْلِمٍ: «أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ الْمُسْلِمَ عَنْ كُفَّارَتِي» فَيَجِيبُهُ.

وَأَمَّا الصَّوْمُ فَلَا يَصِحُّ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ النِّيَّةِ، وَلَا يَتَأْتَى إِطْعَامُهُ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الصَّوْمِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْلِمَ وَيَصُومَ، فَأَمَّا أَنْ يَتْرَكَ الْوِطْءَ، وَإِمَّا أَنْ يَسْلِمَ وَيَصُومَ ثُمَّ يَطَأَ.

أَمَّا الرَّقِيقُ فَلَا يُكْفَرُ إِلَّا بِالصَّوْمِ لِإِعْسَارِهِ، وَلِلَّسَّيِّدِ مَنَعُ الذِّكْرِ مِنْهُ إِنْ أضعَفَهُ عَنِ الْخِدْمَةِ، إِلَّا فِي الظَّهَارِ لِتَضَرُّرِهِ بِدَوَامِ التَّحْرِيمِ، كَمَا لَهُ مَنَعُ الْأُنْثَى الْحَائِثَةِ وَإِنْ لَمْ يَضَعِفْهَا عَنْ خِدْمَتِهِ لِحَقِّ تَمَتُّعِهِ الْفَوْرِيِّ، وَلَهُ تَحْلِيلُهُمَا فِيهِ إِنْ شَرَعَا فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلَا مَنَعَ لَهُ فِي كُفَّارَةِ الْيَمِينِ إِنْ أَذِنَ فِي الْحَنْثِ.

والمُبْعَضُّ كالحُرِّ إِلَّا فِي الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَاءِ، وَأَمَّا السَّفِيهُ
فَبَحَثَ الْإِنْسَوِيُّ أَنَّهُ إِنَّمَا يَكْفُرُ بِالصَّوْمِ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِمْ أَنَّهُ كَالْمَعْسِرِ حَتَّى لَوْ
حَنِثَ فِي يَمِينِهِ كَفَّرَ بِالصَّوْمِ، لَكِنْ رَدَّهُ الْبُلْقِينِيُّ وَقَالَ: إِنَّ الْمَعْتَمِدَ أَنَّهُ يَكْفُرُ هُنَا
بِالْمَالِ كَمَا فِي الْقَتْلِ، لَكِنْ الْمَخْرُجُ لَهُ هُوَ وَلِيُّهُ وَالنَّوَايِ هُوَ السَّفِيهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَ
هَذَا وَالْإِيمَانِ بِفَرَوْقٍ؛ مِنْهَا: تَكَرَّرُ الْإِيمَانُ عَادَةً فَلَمْ يَلْزَمْ مِنْ جَعْلِهِ فِيهَا كَالْمَعْسِرِ
جَعْلُهُ فِي الظَّهَارِ كَالْمَعْسِرِ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ وَالْمَكْلَفُ مُمْتَنِعٌ مِنْهُ عَادَةً.

وَاعْلَمْ أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ نِيَّةِ الْكُفَّارَةِ بِشَرْطِ مَقَارَنَتِهَا لِلْعَتَقِ أَوْ تَعْلِيلِهِ أَوْ الْإِطْعَامِ،
هَذَا مَا فِي «الرَّوْضَةِ»^(١) كَأَصْلِهَا^(٢)، لَكِنْ حَاصِلُ مَا فِي «الْمَجْمُوعِ» عَنِ الْأَصْحَابِ
جَوَازُ^(٣) تَقْدِيمِهَا عَلَى ذَلِكَ كَمَا فِي الزَّكَاةِ، ثُمَّ نَقَلَ عَنْ جَمْعٍ أَنَّ صَوْرَتَهُ فِي الزَّكَاةِ
أَنْ يَنْوِيَهَا عِنْدَ عَزْلِهَا، وَعَلَى قِيَاسِهِ يَنْوِيهَا هُنَا عِنْدَ عَزْلِ الرَّقِيقِ أَوْ الطَّعَامِ.

أَمَّا الصَّوْمُ فَلَا بَدَّ مِنْ تَبْيِيتِ نِيَّتِهِ، وَلَا تُشْتَرِطُ نِيَّةُ الْوُجُوبِ، قَالُوا: لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ
لَا تَكُونُ إِلَّا وَاجِبَةً، وَقَدْ يَشْكِلُ عَلَيْهِ مَا قَالُوهُ فِي الْمُحَرَّمَ إِذَا قَتَلَ قَمَلَةً مِنْ نَحْوِ
لَحْيَتِهِ أَنَّهُ يُسَنُّ لَهُ التَّصَدُّقُ بِلَقْمَةٍ، وَهَذِهِ كُفَّارَةٌ بِلَا شُبْهَةٍ وَهِيَ مَنْدُوبَةٌ، وَفِيمَنْ
تَعَرَّضَ لَصَيْدٍ مُحَرَّمًا أَوْ بِالْحَرَمِ وَشَكَّ أَهْوَاؤًا يَحْرُمُ التَّعَرُّضُ لَهُ مِنْ أَنَّهُ يَفْدِي
نَدْبًا، وَهَذِهِ كُفَّارَةٌ مَنْدُوبَةٌ، وَلَا تَعْيِينُ جِهَةِ الْكُفَّارَةِ، فَإِنْ عَيَّنَهَا وَأَخْطَأَ كَانَ نَوَى
كُفَّارَةَ قَتْلِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كُفَّارَةُ ظَهَارٍ لَمْ يَجْزِهِ.

(و) إِذَا لَزِمَتِ الْكُفَّارَةُ الْمُظَاهِيرَ (لَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا) أَي: زَوْجَتَهُ الْمُظَاهِرِ
مِنْهَا (حَتَّى يُكْفَرَ)؛ لِحَبْرِ أَبِي دَاوُدَ^(١) وَغَيْرِهِ أَنَّهُ يَكْفُرُ قَالَ لِرَجُلٍ ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ
وَوَاقَعَهَا: «لَا تَقْرَبَهَا حَتَّى تُكْفَرَ» وَأَفْهَمَ كَلَامُهُ حِلَّ مَا عَدَا وَطْئَهَا، وَهُوَ مَا حَكَاهُ

(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٩٣).

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٩).

(٤) «سنن أبي داود» (٢٢٢١).

(٣) موقفه في (ع) «معتمد».

الرَّافِعِيُّ^(١) عَنِ الْأَكْثَرِينَ، وَأُطْلِقَ فِي «الْمَنْهَاجِ»^(٢) أَنَّهُ الْأَظْهَرُ، لَكِنْ الْأَوَّلَى فِي «الْمَحَرَّرِ»، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي، وَنُقِلَ فِي «الْكَبِيرِ»^(٣) تَرْجِيحَهُ عَنِ الْإِمَامِ، وَرَجَّحَهُ فِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ» حُرْمَةُ الْاسْتِمْتَاعِ بِمَا بَيْنَ سَرَّتِهَا وَرَكِبَتِهَا كَالْحَائِضِ، وَاعْتَمَدَهُ^(٤) شَيْخُ مَشَائِخِنَا وَغَيْرُهُ، وَخَصَّوْا بِهِ إِطْلَاقَ «الْمَنْهَاجِ»^(٥) السَّابِقَ.

وظَاهِرُ كَلَامِهِمْ عَلَى هَذَا جَوَازُ الْقُبْلَةِ وَنَحْوِهَا لَمَنْ حُرِّكَتْ شَهْوَتُهُ، خِلَافًا لِمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ^(٦) مِنْ تَحْرِيمِ ذَلِكَ كَمَا فِي الصَّوْمِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي تَوْقُفِ حِلِّ الْوَطْءِ عَلَى التَّكْفِيرِ بَيْنَ الظَّهَارِ الْمُطْلَقِ وَالْمَوْقُوتِ، وَهُوَ مَا اعْتَمَدَهُ الْبُلْقِينِيُّ وَمَنْ تَبِعَهُ، لَكِنْ الَّذِي^(٧) فِي «الرَّوْضَةِ»^(٨) وَ«أُضْلِيهَا»^(٩) فِي الْمَوْقُوتِ، وَبِهِ^(١٠) قَالَ الْبَغَوِيُّ^(١١) وَالْمُتَوَلَّى: تَوْقُفُ الْحِلِّ عَلَى التَّكْفِيرِ أَوْ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، فَإِذَا انْقَضَتْ حَلَّ الْوَطْءِ؛ لَارْتِفَاعِ الظَّهَارِ، وَبَقِيَّتِ الْكُفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ.



- | | |
|--|--|
| (١) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٩/٢٦٦). | (٢) «مَنْهَاجُ الطَّالِبِينَ» (ص ٢٤٦). |
| (٣) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٩/٢٦٧). | (٤) لَوْقُهُ فِي (ع): «مَعْتَمَدٌ». |
| (٥) «مَنْهَاجُ الطَّالِبِينَ» (ص ٢٤٦). | (٦) «فَوْتُ الْمَحْتَاجِ» (٧/٢٠). |
| (٧) لَوْقُهُ فِي (ع): «مَعْتَمَدٌ». | (٨) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٨/٢٧٤). |
| (٩) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٩/٢٧٧). | (١٠) فِي (ج): «أَنَّهُ». |
| (١١) «التَّهْدِيدُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ» (٦/١٦٣). | |

(فَصْلٌ)

فِي قَذْفِ الرَّجُلِ زَوْجَتَهُ وَالتَّعَانِيهِ مِنْهَا

وهما شرعا: ما يُؤْخَذُ مِمَّا ذَكَرَهُ بقوله: (وَإِذَا رَمَى الرَّجُلُ) الْمُكَلَّفُ الْمُخْتَارُ الْمُتَلَزِمُ لِلْأَحْكَامِ الْعَالِمُ بِالتَّحْرِيمِ كما سيأتي في كتابِ الْحُدُودِ (زَوْجَتَهُ) الْمُحَصَّنَةُ أَي: الْبَالِغَةُ الْعَاقِلَةُ الْحُرَّةُ الْمُسْلِمَةُ الْعَفِيفَةُ عَنْ وَطْءِ حَالٍ تَكْلِيفُهَا وَاخْتِيَارُهَا وَعَلِمُهَا بِالتَّحْرِيمِ، وَلَوْ حَالٌ رَقَّهَا وَكَفَّرَهَا تُحَدِّثُ بِهِ كَمَا سَيَأْتِي.

ثُمَّ أَيْضًا (بِالزُّنَا) صَرِيحًا كَانَ كَقَوْلِهِ لَهَا: «زَنَيْتِ» وَ«يَا زَانِيَةً» أَوْ «زَنَى فَرَجُكَ» أَوْ بِدُنْكَ، وَإِنْ ظَنَّنَهَا أَجْنَبِيَّةً أَوْ جَهْلَ الْحَالِ، لَكُنْ فِي «فُرُوقِ الْجُوْنِيِّ»^(١) أَنَّهُ إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ وَهُوَ لَا يَعْرِفُهَا حِينَ قَذَفَهَا لَكُونُهَا مَقْنَعَةً بِخِمَارٍ، أَوْ فِي ظُلْمَةٍ نُمَّ بِأَنَّهَا زَوْجَتُهُ فَلَيْسَ بِقَذْفٍ وَلَا لَعَانٍ، وَإِنْ أَدَعَتْ عَلَيْهِ صُدِّقَ بِمِمينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْرِفُهَا.

بِخِلَافِ: «زَنَى يَدُكَ» أَوْ «زَجَلْتُكَ» أَوْ «عَيْنُكَ»، أَوْ «يَا فَجَبَةً»، كَمَا أَفْتَى بِهِ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ فِي ذَلِكَ، وَفِي «يَا مَخْنُتُ» لِلرَّجُلِ لِلْعَرَفِ^(٢)، وَقَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ فِي الْأَوَّلِ أَنَّهُ كُنْيَةٌ، أَوْ «لَطْتُ» أَوْ «لَانَطْتُ» أَوْ «لَا طَبَكَ فُلَانٌ»، لَا «يَا لَوَطِيئَةً»، بَلْ هُوَ كُنْيَةٌ عَلَى الْمَعْرُوفِ فِي الْمَذْهَبِ، كَمَا قَالَ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٣)، لَكِنَّهُ مَعَ ذَلِكَ صَوَّبَ فِيهَا أَنَّهُ صَرِيحٌ أَوْ كُنْيَةٌ، كَقَوْلِهِ: «يَا خَيْثُتُ»، أَوْ «يَا فَاجِرَةٌ»، أَوْ «يَا فَاسِقَةٌ»، أَوْ «يَا عَاهِرَةٌ» عَلَى أَحَدٍ وَجْهَيْنِ ثَانِيَهُمَا: أَنَّهُ صَرِيحٌ، أَوْ «يَا نَبْطِيَّةٌ» وَهِيَ عَرَبِيَّةٌ أَوْ عَكْسُهُ، أَوْ زَنَاتٌ أَوْ زَنَاتٍ بِالْجَبَلِ بِالْهَمْزِ فِيهِمَا، أَوْ «أَنْتِ تَحْسِنُ الْخُلُوةَ» أَوْ «لَمْ أَجْذِكَ بِكَرًا».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٧٢)

(١) «الجمع والفرق» (٣/ ٣٢١).

(٣) «روضة الطاليس» (٨/ ٣١١-٣١٢).

(فَعَلَيْهِ) لها (حُدُّ الْقَذْفِ) الآتي بيانه في كتابِ الحُدُودِ في الصَّريح، وكذا في الكناية إن اعترف بنية القذف، فإن أنكرها فللزوجة تحليفه أنه ما نوى، فإن حلف فعليه التعزير للإيذاء، وإن نكل وحلفت فعليه حدُّ القذف، وليس له الحليف كاذباً لدفع الحدِّ.

ومنى نوى القذف لزمه الإقرار به ليُحدَّ أو يُعفى عنه، فإنَّ الحدَّ لزمه باطناً كمن قتل خفية، فإنه يلزمه الإقرار به ليُقَادَ أو يُعفى عنه، وسيأتي بيان ما خرَّج بالقبود المذكورة في الرجلِ والزوجة وما يتعلق به في كتاب الحُدُودِ إن شاء الله تعالى.

ومنه: أن يُعزَّرَ بقذفه إياها إذا كانت غيرَ محصنة، ووجوب حدِّ القذف أو التعزير عليه ثابتٌ في كلِّ حالٍ (إِلَّا) حالٍ (أَنْ يُقِيمَ الْبَيْتَةَ) على زناها، وهي أربعة رجالٍ كما سيأتي في الشهاداتِ (أَوْ) حالٍ أَنْ (يُلْتَمَعَنَّ) أي: يأتي باللَّعانِ، وهو الكلماتُ الآتية ولو بعد إبانيتها أو موتها، فلا يجبُ عليه الحدُّ حينئذٍ، ولم يردَّ حصرُ عدمِ الوجوب فيما ذكره، وإن أوهمه لفظه؛ بدليل عدمِ الوجوب أيضاً عند عفوَ المقدوف كما ذكره في كتابِ الحُدُودِ، وعند اعترافها بالزنا حقيقةً أو حكماً كما صرَّحوا به، وإنَّما أهمل ذلك هنا؛ لأنَّه أرادَ فرضَ الكلامِ في حالٍ إنكارها ومشاحتها لظهور حكمِ الحاليتينِ الأخيرتينِ، ولأنَّ المقصودَ بالذَّاتِ هنا بيانُ اللَّعانِ، وإنَّما ضمَّ إليه البيَّنة للتمييزِ على عدمِ الانحصارِ مع مناسبتها له لما قيل: إنَّه شهادةٌ.

واعلم أنَّ رميَ الزَّوجةِ بالزنا وإن أوجبَ الحدَّ قد يكونُ مباحاً، بأن علمَ زناها بأن رآه بعينه، أو ظنَّه ظناً مؤكداً بإقرارها به، أو رؤية رجلٍ معها مراراً في محلٍّ ربيِّ، أو مرَّةً تحتَ شعارٍ على هيئةٍ منكورة، أو إخبارٍ من يعتقِدُ صدقه برويته زناها أو شيوخِ زناها بينَ النَّاسِ مع قرينةٍ كرويةِ المتهمِّ خارجاً من عندها أو معها في الخلوة.

وإنما جاز له حيثنذ القذف المرتب عليه اللعان الذي يخلص به لاحتياجه إلى الانتقام منها لتلطيفها فراشه، ولا يكاد يساعده على ذلك بينة أو إقرار، ولكن الأولى أن يستر عليها ويطلقها إن كرهها.

وقد يكون واجباً بأن أتت بوليدٍ عليمٍ أو ظناً مؤكداً أنه ليس منه، مع إمكان كونه منه ظاهراً، كأن لم يطأها أو ولدته لدونٍ ستته أشهر من الوطء وعلم زناها أو ظنه ظناً مؤكداً، قالوا: فيلزمه هنا القذف واللعان لنفيه لوجوب نفيه حيثنذ كما سيأتي، ولا يخفى إشكاله؛ لأن اللعان لا يتوقف على خصوص القذف، وكان يمكن تحصيل المقصود بنحو رفها بوطء الشبهة.

وإذا أراد أن يلتعن (فيقول عند الحاكم) بأمره وتلقيه ما سيأتي، فلا يعتد بقوله بدون ذلك.

ويندب للحاكم أن يغلف عليه اللعان: بالزمان، والمكان، والجمع.

* فالتغليظ بالزمان: بأن يكون اللعان بعد صلاة عصر الجمعة، فيؤخر إليها إن لم يكن طلب أكيد، وإلا فبعد عصر أي يوم كان، فإن كان كافراً فالمعتبر أشرف الأوقات عندهم كما ذكره الماوردي^(١) وغيره.

* والتغليظ بالمكان: بأن يكون بأشرف مكان ببلده، بأن يكون بالجامع، والأولى في غير مكة وبيت المقدس: أن يكون عند المنبر من جهة المحراب؛ لأنه أشرف بقاعه.

والأولى أن يكون (على المنبر) كما صححه الرافعي في «أصل الروضة»^(٢)، وحكى الرافعي^(٣) تصحيحه عن البغوي، وفي مكة أن يكون بين ركن الحجر

(٢) الشرح الكبير (٤٠٤/٩).

(١) الحاوي الكبير (٤٦/١١).

(٣) الشرح الكبير (٤٠٤/٩).

الأسود والمقام وهو المسمى بالحطيم؛ لأنه أشرف بقاعه بعد البيت، ولم يطلب في البيت الذي هو الأشرف صيانة له عن مثل ذلك كما قاله الماوردي^(١) لمزيد شرفه، وفي بيت المقدس أن يكون عند الصخرة؛ لأنها أشرف بقاعه، فإنها قبله الأنبياء ومن الجنة، كما رواه ابن ماجه^(٢).

نعم، إن كان أحدهما جنباً أو حائضاً أو نفساء لا عن باب المسجد، ويخرج إليه الحاكم أو نائبه.

قال المتولي: وكل ذلك إذا رأى الحاكم التعجيل، فإن رأى التأخير إلى زواله جاز^(٣).

والأولى في حق اليهود الكنيسة، وفي حق النصارى البيعة، وفي حق المجوس بيت النار؛ لأنهم يعظمون هذه المواضع، واليمين فيما يعظمه الحالف أشد، وللحاكم دخولها، ولو دخل إلينا وثنيان بأمان أو هدنة لا عن بينهما في مجلس الحاكم لا في بيت الأصنام؛ لأنه لا أضل له في الحرمة واعتقادهم فيه غير مرعي، وقد قال الماوردي^(٤): دخول بيت الأصنام معصية بخلاف البيع والكنائس، وفي «الكفاية»^(٥): أن دخول الحاكم متعبدات الكفار ليس للتعظيم فلا يحرم، وهو شامل لبيت النار وبيت الأصنام.

لكن قال بعضهم في الثاني وفيه نظر، والظاهر أن غير الحاكم كالحاكم في جواز الدخول، كما شمله كلام الماوردي^(٦) المذكور.

(١) «الحاوي الكبير» (٤٦/١١).

(٢) «سنن ابن ماجه» (٣٤٥٦).

(٣) «كفاية النيه في شرح النيه» (٣٥٩/١٤).

(٤) «الحاوي الكبير» (٤٨/١١).

(٥) «كفاية النيه في شرح النيه» (٣٥٩/١٤ - ٣٦٠).

(٦) «الحاوي الكبير» (٤٨/١١).

والكلام في دخولها بإذنه^(١)، أمّا بغيره فلا كلام في امتناعه مُطلقاً، وقيد الزركشي وغيره جواز الدخول بما إذا خلت عن صورة؛ لأنّه يحرم دخول البيت التي هي فيه، كما نقله صاحب «البيان»^(٢) عن الأصحاب.

وبجوز تلاعن الذميين في المسجد غير المسجد الحرام، ولو مع حدث أكبر كجناية وحيز لا يلوّث المسجد. قال ابن الصباغ: برضاها، فإن رضى دونه فلها ذلك أو هو دونها لم يكف. انتهى.

ولو كان الزوج مسلماً والزوجة ذمّية لاعتن في الجامع ولاعت فيما تعظمه من بيعه أو غيرها، فإن رضي بلعانها في المسجد وقد طلبته جاز، بخلاف ما إذا لم تطلبه؛ لأن الحق في اللعان لها، أو لم يرخص هو لأن التغليظ عليها حق، لكن لو امتنعت مع رضا فهل تجبر؟ فيه نظر.

وما ذكره من أن التغليظ عليها حق قد يشكل على ما تقدّم عن ابن الصباغ، ويقتضي عكس ما ذكره؛ إذ لا تغليظ في الجامع في اعتقادهما، ففي رضاها دونه تفويت حق من التغليظ، بخلاف رضاها دونها؛ لأن غايته أنه يتضمن إسقاط حق، وهو جائز له، ولا يقال أنه يتضمن أيضاً حملها على ما لا تعتقه من تعظيم المسجد لوجود نظير ذلك بعد تسليمه في العكس، أعني رضاها دونه مع زيادته بتفويت حق.

ولا يغلظ على نحو زنديق ودهري بشيء ممّا تقدّم، ويلاعن بمجلس الحكم؛ لأنّه لا يُعظم زماناً ولا مكاناً، ويحسن أن يحلف بالله الذي خلقه ورزقه؛ لأنّه وإن غلا في كفره وجد نفسه مدعنة لخالف مبدّر^(٣).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي، (١٠/٤٦٠).

(١) في (ع) «دخول إجازتهم».

(٣) في (ح)، (هـ) «مرجى».

وَاللَّسِيْدُ أَنْ يُلَاعِنَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَزَوْجَتِهِ أَوْ أُمِّهِ وَزَوْجِهَا، وَأَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ.

وبالجمْع أن يكونَ (في) أي: في حضورِ (جَمَاعَةٍ مِنْ) أعيانِ (النَّاسِ) بالبلدِ وصلاحِهم، أقلُّهم أربعةٌ يَعْرِفُونَ لُغَةَ الْمُلَاعِنِ، واعتَبَرَ المَآوِزِي^(١) أن يكونوا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ ثُمَّ ذَكَرَ مَقُولَ يَقُولُ وَهُوَ قَوْلُهُ: (أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لِمِنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ) هَذِهِ أَوْ زَوْجَتِي هَذِهِ إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً، فَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً سَمَّاها وَرَفَعَ نِسْبَهَا بِمَا يُمَيِّزُهَا؛ كَقَوْلِهِ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ (زَوْجَتِي فَلَانَّةٌ مِنَ الزَّانَا) إِنْ أَقَرَّ بِرُمِيهَا، فَإِنْ ادَّعَتْهُ عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ أَوْ سَكَتَ فَأَقَامَتْ بَيِّنَةً بِهِ لَمْ يَقُلْ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ، بَلْ فِيمَا أَثْبَتْتُ عَلَيَّ مِنْ رُمِيٍّ إِلَيْهَا مِنَ الزَّانَا.

وَلَوْ حَمَلَتْ بَوْلِدٍ عَلِيمٍ أَوْ ظَنَّ ظَنًّا مُؤَكَّدًا أَنَّهُ مِنَ الزَّانَا مَعَ إِمْكَانِ كَوْنِهِ مِنْهُ ظَاهِرًا بِأَنْ لَمْ يَطَّأْهَا أَوْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوَطْءِ، أَوْ لَفَوْقِ أَرْبَعِ سَنِينَ مِنَ الْوَطْءِ، أَوْ لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَفَوْقِ أَرْبَعِ سَنِينَ مِنَ الزَّانَا بَعْدَ الْإِسْتِبْرَاءِ بِحَيْضَةٍ لَزِمَتْهُ نَفْيُهُ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَ يَتَضَمَّنُ اسْتِلْحَاقَهُ، وَاسْتِلْحَاقُ مَنْ لَيْسَ مِنْهُ حَرَامٌ، كَمَا أَنَّ نَفْيَ مَنْ هُوَ مِنْهُ حَرَامٌ.

وَكَالْوَطْءِ اسْتِدْخَالُ الْمَنِيِّ، وَالْوَطْءُ مَعَ الْعَزْلِ كَالْوَطْءِ بِدُونِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ وَلَمْ يَظُنَّ أَنَّهُ مِنَ الزَّانَا بِأَنْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الزَّانَا، أَوْ لَفَوْقِهِ وَدُونَ فَوْقِ أَرْبَعِ سَنِينَ مِنْهُ وَمِنْ الْوَطْءِ بِلَا اسْتِبْرَاءٍ، وَكَذَا مِنَ الْوَطْءِ مَعَ الْإِسْتِبْرَاءِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ وَلَمْ يَظُنَّ زِنَاهَا، أَوْ وَلَدَتْهُ لِفَوْقِ أَرْبَعِ سَنِينَ مِنَ الزَّانَا وَدُونِهِ وَفَوْقَ دُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوَطْءِ، فَإِنَّهُ يَحْرُمُ نَفْيُهُ رِعَايَةً لِلْفِرَاشِ، وَلَا عِبْرَةَ بِرَبِيَّةٍ يَجِدُهَا فِي نَفْسِهِ.

وَحَيْثُ لَزِمَتْهُ نَفْيُهُ وَجَبَ ذِكْرُهُ فِي اللَّعَانِ، فَيَقُولُ عَطْفٌ عَلَى مُجْرورٍ فِي السَّابِقِ: (وَأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ) أَوْ هَذَا الْحَمْلَ إِنْ كَانَ حَاضِرًا، أَوِ الَّذِي وَلَدَتْهُ، أَوِ الْحَمْلَ الَّذِي

حَمَلْتُ بِهِ إِنْ كَانَ غَائِبًا (مِنَ الزَّوْنِ) قَالَ الْأَكْثَرُونَ: وَلَا يَكْفِي ذَلِكَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَعْتَقِدَ أَنَّ الْوَطْءَ بِالشُّبْهَةِ زَنًا، بَلْ لَا بُدَّ أَنْ يَزِيدَ: (وَلَيْسَ مِنِّي)، وَصَحَّحَ الْبُغَوِيُّ أَنَّهُ يَكْفِي، وَجَزَمَ بِتَصْحِيحِهِ فِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ» وَ«أَصْلِ الرِّوَضَةِ»^(١) حَمَلًا لِلْفِظِ الزَّوْنِ عَلَى حَقِيقَتِهِ، وَقِيَاسُ تَعْلِيلِ الْأَوَّلِ الْاِكْتِفَاءُ مِمَّنْ لَا يُحْتَمَلُ مِنْهُ الْاِعْتِقَادُ الْمَذْكُورُ كَالْفَقِيهِ.

وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: «لَيْسَ مِنِّي» لَمْ يَكْفِ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِاحْتِمَالِ نَفْيِ الْمُشَابَهَةِ لَهُ خَلْقًا وَخُلُقًا.

وَيَجِبُ أَنْ يَقُولَ جَمِيعٌ مَا ذَكَرَ (أَرْبَعَ مَرَّاتٍ) حَتَّىٰ لَوْ أَغْفَلَ ذَكَرَ الْوَلَدَ فِي بَعْضِ الْمَرَّاتِ احْتِيَاجَ فِي نَفْيِهِ إِلَىٰ إِعَادَةِ اللَّعَانِ.

وَيُنْدَبُ لِلْقَاضِي أَنْ يَعْظُمَ فِيهَا بِأَنْ يُخَوِّفَهُ بِاللَّهِ تَعَالَىٰ، وَيَقُولَ لَهُ: عَذَابُ الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا، وَيَقْرَأُ عَلَيْهِ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْرُونَ عَهْدَ اللَّهِ وَأَيْمَانَهُمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^(٢) الْآيَةَ، وَيَذَكِّرُ لَهُ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَالسَّلَامُ لِلْمُتَلَاعِنِينَ: «حِسَابُكُمَا عَلَى اللَّهِ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْكُمَا مِنْ تَائِبٍ»^(٣).

(وَيَقُولُ فِي) الْمَرَّةِ (الْخَامِسَةِ) بَدَلَ قَوْلِهِ فِي الْمَرَّاتِ الْأَرْبَعِ: «أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لِمِنَ الصَّادِقِينَ» (بَعْدَ أَنْ يَعْظُمَ الْحَاكِمُ) وَبِالْبَاقِ فِي وَعْظِهِ نَدْبًا فِيهِمَا، بِنَحْوِ قَوْلِهِ: «اتَّقِ اللَّهَ؛ فَإِنَّ قَوْلَكَ عَلَيَّ لَعْنَةُ اللَّهِ يُوجِبُ اللَّعْنََةَ إِنْ كُنْتَ كَاذِبًا» لَعَلَّهُ يَنْزَجِرُ، وَيَأْمُرُ رَجُلًا بِوَضْعِ يَدِهِ عَلَىٰ فَمِهِ وَيَأْتِيهِ مِنْ وَرَائِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْإِمَامُ وَالْفَرَايِئِيُّ^(٤).

(١) «الشَّرْحُ الْكَبِيرُ» (٣٩٥/٩).

(٢) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ: ٧٧.

(٣) رَوَاهُ الْحَارِيُّ (٥٣١٢)، وَمُسْلِمٌ (١٤٩٣) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٤) «الْوَسِيطُ فِي الْمَذْهَبِ» (١٠٦/٦).

(وَعَلَى لَعْنَةِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ) فيما رُمِيتُ به هذه، أو زوجتي فلانة من الزنا، وأن هذا الولد من الزنا وليس مني، فلا بد من ذكره في الخامسة أيضًا، فلو أغفله فيها احتاج في نفيه إلى إعادة اللعان.

ويجب الفور لصحة نفيه كالرد بالعيب، فإن أخره بلا عذر تعذر نفيه، فإن كان مريضًا أو مجوسًا أو خائفًا على ماله بعث للقاضي ليطلع على الحال، أو يرسل إليه نائبًا ليلاعن عنده، أو يعلمه أنه مستور على النفي، فإن لم يبعث بطل حقه إن أمكنه البعث، وإلا أشهد على استمراره على النفي، وله تأخير نفي الحمل إلى انفصاله ليتحقق كونه ولدًا، فإن قال عرفته ولكن أخرت رجاء موته بطل حقه.

ولو ادعى الجهل بالولادة صدق بيمينه إن احتمل ما قاله، وإلا فلا، أو قال: «لم أصدق المخبر» لم يقبل إن كان عدلًا ولو في الرواية، أو «لم أعلم جواز اللعان» صدق إن كان عاميًا، وإن نشأ مسلمًا بين المسلمين قال ابن داود: والمُراد بكون النفي على الفور أن يأتي الحاكم ويقول: إن الولد ليس مني، وإن تأخر اللعان عن ذلك^(١).

(وَيَعْلَقُ بِلَعَانِهِ خُمُسَةُ أَحْكَامٍ):

(١) (سُقُوطُ الْحَدِّ) الواجب عليه لها برميها بالزنا، وكذا التعزير الواجب لها بذلك بأن كانت غير محصنة كما سيأتي في كتاب الحدود (عنه) وكذا الواجب لمعيين واحد أو أكثر رماها به إن ذكره في اللعان، وإلا حُدَّ له، نعم له أن يُعيد اللعان ويذكره ليسقط^(٢) الحد عنه.

(١) يظر: «أسي المطالب» (٣/ ٣٨٧)

(٢) في (ج)، (ع): «يسقط».

ولو ابتدأ ذلك المُعَيَّنَ الذي رَمَاهَا به فطالَبه بِحَدِّ قَذْفِهِ ولم تطالِبْه هي فهل له اللِّعَانُ لِإِسْقَاطِ حَدِّهِ أَوْ لَا؟

وجهان، قال الشَّيْخَانِ^(١): وقد يُنْيَانِ عَلَى خِلَافٍ فِي أَنَّ حَقَّهُ يَثْبُتُ أَصْلًا أَوْ تَابِعًا لِحَقِّهَا، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ كَمَا قَالَ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٢) أَنَّهُ يَثْبُتُ أَصْلًا فَيَكُونُ الْأَصْحُ أَنَّ لَهُ اللَّعَانَ.

(٢) (وَوُجُوبُ الْحَدِّ) لِلزَّنا (عَلَيْهَا) وَلَوْ ذَمِّيَّةً وَيَسْقُطُ عَنْهَا بِلْعَانِهَا كَمَا سَيَأْتِي.

(٣) (وَرَوَّالُ الْفِرَاشِ) بَانْفَسَاخِ النِّكَاحِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا وَإِنْ كَانَ كَاذِبًا.

(٤) (وَنَفْسِي) أَي: انْتِفَاءُ (الْوَلَدِ) أَوْ الْحَمْلِ الَّذِي تَعَرَّضَ لِنَفْسِهِ فِي اللَّعَانِ كَمَا تَقَدَّمَ، نَعَمْ لَوْ اسْتَلْحَقَّهُ بَعْدَ النَّفْسِ، وَلَوْ بِنَحْوِ: «آمِينَ» أَوْ: «نَعَمْ» لَمَنْ قَالَ لَهُ: «مُتَّعْتُ بِوَلَدِكَ»، لَا بِنَحْوِ: «جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا»، أَوْ «سَمِعْتَ مَا أَسْرَكَ» لِحَقِّهِ وَلَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِنْ لَمْ يَخْلُفْ أَحَدًا، وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْقِصَاصُ إِنْ اسْتَلْحَقَّهُ بَعْدَ أَنْ قَتَلَهُ.

(٥) (وَالْتَحْرِيمُ) الْمُسْتَوْرُ (عَلَى الْأَبْدِ) ظَاهِرًا وَبَاطِنًا وَإِنْ كَذَبَ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ أَوْ أَبَانَهَا قُبِيلَ اللَّعَانِ، فَيَحْرُمُ نِكَاحُهَا وَوِطْئُهَا بِالْمَلِكِ لَوْ كَانَتْ أُمَةً فَمَلَكَهَا، بَلْ أَخَذَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا مِنْ عَمُومِ قَوْلِهِ ﷺ: «الْمُتَّلاَعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»^(٣) أَنَّهَا لَا تَكُونُ زَوْجَةً لَهُ فِي الْجَنَّةِ.

وَالْحُكْمُ بِتَعَلُّقِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ الْخَمْسَةِ بِلْعَانِهِ لَا يَنَافِي تَعَلُّقَ غَيْرِهَا بِهِ أَيْضًا؛ كَسَقُوطِ حَصَانَتِهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ حَتَّى لَا يُحَدَّ بِقَذْفِهَا وَلَوْ بَعْدَ لِعَانِهَا إِنْ قَذَفَهَا بِذَلِكَ الزَّنا أَوْ أَطْلَقَ، لَكِنَّهُ يُعَزَّرُ لِلإِيْدَاءِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَذَفَهَا بِزَنَّا آخَرَ

(١) الشرح الكبير (٣٨٥/٩)، و«روضة الطالبين» (٣٤٤/٨).

(٢) «أسنى المطالب» (٣٧٩/٣).

(٣) رواه البيهقي (٤٠٩/٧).

وَلَا عَنَتٌ فَيُحَدُّ سِوَاءَ قَدْفَها بَعْدَ اللَّعَانِ أَوْ قَبْلَهُ فِي النِّكَاحِ أَمْ قَبْلَهُ لِعَدَمِ سُقُوطِ حَصَانَتِهَا حِينَئِذٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ.

وَلَيْسَ لَهُ اللَّعَانُ لِإِسْقَاطِ الْحَدِّ أَوْ التَّعْزِيرِ لِبَيِّنُونَتِهَا بِلِعَانِ الْقَذْفِ الْأَوَّلِ وَلَا وَلَدٌ وَكَتَشْطِيرٌ^(١) الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَاسْتِبَاحَةِ أُخْتِهَا وَأَرْبَعٍ سِوَاهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ عَدَّتِهَا، وَقَضِيَّةٌ قَوْلُهُ بِلِعَانِهِ أَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ ثَبُتَتْ بِمُجَرَّدِ لِعَانِهِ مِنْ غَيْرِ تَوْقُفٍ عَلَى شَيْءٍ آخَرَ؛ كَقَضَاءِ الْقَاضِي أَوْ لِعَانِهَا^(٢) وَهُوَ كَذَلِكَ.

(وَيَسْقُطُ الْحَدُّ) الْوَاجِبُ عَلَيْهَا بِلِعَانِهَا^(٣) (عَنْهَا بِأَنَّ تَلْتِمِينَ) أَي: تَأْتِي بِكَلِمَاتِ اللَّعَانِ (فَتَقُولُ) بِأَمْرِ الْحَاكِمِ وَتَلْقِيهِهِ مَعَ مَرَاعَةِ التَّغْلِيظِ الْمُتَقَدِّمِ فِي جَانِبِ الزَّوْجِ (أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنَّ) هَذَا أَوْ أَنَّ (فَلَا نَا هَذَا) إِنْ كَانَ حَاضِرًا، فَإِنْ غَابَ ذَكَرْتَهُ بِمَا يُمَيِّزُهُ (لَيْمَنِ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ) وَيُنْدَبُ لِلْحَاكِمِ وَغُظُّهَا فِيهَا كَمَا تَقْدَمُ، (وَتَقُولُ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ أَنْ يَعْظُمَا الْحَاكِمُ) وَيُبَالِغُ فِي وَغُظِّهَا، وَيَأْمُرُ امْرَأَةً بِوَضْعِ يَدِهَا عَلَى فَمِهَا: (وَعَلَيَّ غَضَبُ اللَّهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ) فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنَا.

وَتُسْتَرَطُّ الْمُوَالَاةُ بَيْنَ الْمَرَّاتِ الْخَمْسِ، وَتَأْخُذُ لِعَانِهَا عَنْ لِعَانِهِ، وَالْكَلِمَةُ الْخَامِسَةُ فِيهِمَا عَنِ الْكَلِمَاتِ الْأَرْبَعِ، وَلَا تُسْتَرَطُّ الْمُوَالَاةُ بَيْنَ لِعَانِيهِمَا، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهَا سِوَى سُقُوطِ الْحَدِّ عَنْهَا، فَإِنْ أَثْبَتَ زِنَاهَا بِالْبَيِّنَةِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُلَاعِنَ لِإِسْقَاطِ الْحَدِّ.

وَيُسْنُّ أَنْ يَتْلَاعَنَا مِنْ قِيَامِ إِنْ قَدَّرَا عَلَيْهِ لِبِرَاهُمَا النَّاسُ وَشَتَّهَرَا أَمْرَهُمَا، وَلَأَمْرِهِ ﷺ هَلَا لَا بِهِ، وَتَقَعْدُ هِيَ حَالُ لِعَانِهِ فَإِذَا فَرَّغَ قَامَتِ لِلْعَانِهَا.

(٢) فِي (ج): «لِعَانِهِ»

(١) فِي (ع) «وَكِتَشْطِيرٌ».

(٣) فِي (ع): «بِلِعَانِهِ».

قال الماوردي: وينبغي أن يتلاعنا مجتمعين، بحيث يرى كل منهما الآخر ويسمع كلامه، ويجوز ألا يكون كذلك، لكن إن كان ذلك بغير عذر كره، ولا فلا. قال الرزكشي: وينبغي مجيئه^(١) من السنن^(٢).

واعلم أن الرجعية كالزوجة في جميع ما تقرّر بل هي زوجته شرعاً، ولهذا لحقها الطلاق بقوله: «زوجاتي طوائف»، بخلاف البائن بنفسه، أو طلاق بائن، أو انقضاء عدة، أو غير ذلك.

والموطوءة بشبهة كنكاح فاسد، فإن كلا منهما وإن أوجب عليه الحد بقذفها إلا أنه لا لعان إن لم يكن ولداً ولا حمل، فإن كان ثم أحدهما فله اللعان لنفيه، وإذا لاعن سقط عنه حد القذف وتأبّدت الحرمة ولا حد عليها بلعانه، نعم إن أضاف الزنا إلى نكاحه بأن قال: «زنيْتُ في نكاحي» وجب عليها الحد بلعانه، ولها إسقاطه بلعانها.

وإذا لاعن لنفي الحمل فبان أن لا حمل، أو لاعن زوج ولا ولد فبان فساد نكاحه بان فساد لعانه، فلا يثبت شيء من أحكامه كتأبّد الحرمة وسقوط الحد عنه. ولو بانّت منه ثم قذفها نظير، فإن قذفها بزناً مطلقاً أو مضافاً لما بعد النكاح، فإن كان ثم ولد يُمكن كونه منه لاعن لنفيه، وإلا فلا، وإن قذفها بزناً مضافاً إلى ما قبل النكاح أو إلى ما بعد البينونة فلا لعان مطلقاً، لكن له إنشاء قذف مطلق أو مضاف لما بعد النكاح، ويلاعن إن كان ثم ولد يُمكن كونه منه.



(١) في هامش (ع) «أي: مجيء العذر من كتب السنّة».

(٢) يطر «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨٥).

(فَصْلٌ)

فِي الْعِدَّةِ

وهي مَدَّةٌ تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا، أَوْ لِلتَّعَبُّدِ، أَوْ لِنَفْجِعِهَا عَلَى الزَّوْجِ^(١).

(وَالْمُعْتَدَّةُ عَلَى ضَرَبَيْنِ:

(١) (مُتَوَفَّى عَنْهَا) مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا مُتَوَفَّى عَنْهَا بِأَنْ مَاتَ زَوْجُهَا عَنْهَا،

(٢) (وَعَبْرُ مُتَوَفَّى عَنْهَا) (مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا غَيْرُ مُتَوَفَّى عَنْهَا، وَلَفْظُ «يَتَوَفَّى» فِي

الموضعين على صيغة المفعول، ونائب الفاعل «عنها»^(٢).

(فَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا) مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا مُتَوَفَّى عَنْهَا (إِنْ كَانَتْ) حُرَّةً فَإِنْ كَانَتْ

(حَامِلًا) حَمْلًا يُمْكِنُ كَوْنُهُ مِنَ الْمَيِّتِ وَإِنْ كَانَ لَحْمًا قَالَ الْقَوَابِلُ: إِنَّهُ أَصْلُ آدَمِيِّ، وَلَوْ بَقِيَ لَتَصَوَّرَ، أَوْ كَانَ الْمَيِّتُ مُجْبُوتًا بِقِي أَنْشِأَهُ، أَوْ مَسْلُوكًا بِقِي ذِكْرَهُ.

(فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ) جَمِيعِ (الْحَمْلِ) حَتَّى ثَانِي تَوَهُمَيْنِ بَيْنَهُمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ،

وَالْأَوَّلَانِي حَمْلٌ آخَرُ فَلَا أَثَرَ لَخُرُوجِ بَعْضِهِ مُتَّصِلًا أَوْ مُنْفَصِلًا، بِخِلَافِ مَا لَوْ

كَانَ عِلْقَةً، أَوْ لَمْ يُمْكِنُ كَوْنُهُ مِنَ الْمَيِّتِ كَأَنْ كَانَ صَبِيًّا لَا يَنْزِلُ أَوْ مَمْسُوحًا، أَوْ

وُلِدَ هُوَ لَدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَقْدِ أَوْ لِفَوْقِ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ آخِرِ وَقْتِ أُمْكِنَ فِيهِ

الاجتماعُ فَلَا أَثَرَ لَهُ.

(١) رَادٍ فِي (ك)، (هـ): وَهِيَ مَاحُودَةٌ مِنَ الْعِدَّةِ لِأَشْتِمَالِهَا عَلَى عِدَدٍ مِنَ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهُرِ غَالِبًا، وَشُرْعَتْ صِيَانَةُ لِلْأَنْسَابِ وَنَحْصِيًّا لَهَا مِنَ الْإِخْتِلَاطِ رِعَايَةً لِحَقِّ الزَّوْجَيْنِ وَالْوَلَدِ وَالنَّاحِجِ السَّائِي، وَالْمَعْنَى فِيهَا التَّعَبُّدُ بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَا تَنْقُضِي عِدَّةً وَاحِدَةً مَعَ حَصُولِ الْبَرَاءَةِ.

(٢) رِيَادَةُ مِنْ (ع)

نعم لو كانت رجعية وادّعت في الأخيرة على الوارث أن الزوج جدّد فراشها برجعته أو وطئها بشبهة^(١) ولدته على الفراش المُجدّد وأمكن ذلك؛ انقضت عدّتها بوضعه وإن لم يثبت ما ادّعت له لعدم البيّنة مع إنكار الوارث وحلفه على نفي العلم لوجود الاحتمال كالمنفى باللّعان.

(وإن كانت حائلاً) أو حاملاً حملاً لا يمكن كونه منه (فعدّتها) ولو غير ذات أقراء ورجعية وغير مدخول بها (أربعة أشهر وعشراً) من الأيام بلباليها، لكن بعد وضع الحمل إن كانت حاملاً من شبهة؛ لأنّ عدّة الحمل مقدّمة تقدّمت أو تأخّرت، فإن كانت حاملاً من زنا انقضت عدّتها بمضيّ الأشهر مع وجوده؛ لأنّه لا حرمة له، ولهذا لو نكح حاملاً من زنا صحّ نكاحه قطعاً، وجاز له الوطء قبل الوضع على الأصحّ، ولو زنت في العدّة وحملت من الزنا لم تنقطع العدّة. ولو جهل حال الحمل حُمِلَ على أنّه من زنا كما نقله الشّيخان^(٢) عن الرّوازي، وبه أتى القفّال، وجرّم به صاحب «الأنوار»^(٣)، وقال الإمام: يُحمّل على أنّه من وطء شبهة تحسّينا للظنّ، وبه جرّم صاحب «التّعجيز».

قال شيخ مشايخنا^(٤): وقد يجمع بينهما بحمل الأوّل على أنّه كالزّنا في أنّه لا تنقضي به العدّة كما تقرّر، والثاني على أنّه من شبهة تجنّباً عن تحمّل الإثم بقرينة آخر كلام قائله.

ولو ظهر في الأشهر أو بعدها حمل من الزوج فعدها بوضعه، ولا اعتبار بما مضى ولو لم يظهر، لكنّها ارتابت لثقل أو حركة، فإن كان قبل تمام الأشهر

(١) في (ع): «وانما». (٢) الشرح الكبير (٩/٤٤٦)، و«روضة الطالبين» (٨/٣٧٥).

(٣) «الأنوار» (٣/٤١). (٤) «أسنى المطالب» (٣/٣٩٣).

لم يحلّ نكاحها بعد تمامها حتى تزول الرِّبَّةُ، فإن نكحت فالنكاح باطل، كذا قاله الشَّيْخَانِ^(١).

قال شيخُ مشايخنا^(٢): والمُرَادُ باطلٌ ظاهرًا، فلو بَانَ عَدَمُ الحَمْلِ فالقياسُ الصَّحَّةُ^(٣)، كما لو باعَ مَالُ أَبِيهِ ظَانًّا حَيَاتَهُ فَبَانَ مَوْتُهُ، كما نَبَّهَ عَلَيْهِ الإِسْنَوِيُّ. انْتَهَى.

قُلْتُ: وَيُؤَيِّدُهُ مَا ذَكَرُوهُ فِي زَوْجَةِ الْمَفْقُودِ مِنْ أَنَّهَا لَوْ تَزَوَّجَتْ قَبْلَ ثُبُوتِ مَوْتِهِ أَوْ طَلَاقِهِ وَبَانَ مَوْتُ الْمَفْقُودِ قَبْلَ تَزَوُّجِهَا بِمَقْدَارِ الْعِدَّةِ صَحَّ^(٤) التَّزَوُّجُ لَخُلُوهُ عَنِ الْمَانِعِ فِي الْوَاقِعِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ باعَ مَالُ أَبِيهِ يَظُنُّ حَيَاتَهُ فَبَانَ مَيِّتًا.

وَفِي الْمُطْلَقَةِ إِذَا وُطِّئَتْ فِي الْعِدَّةِ بِشَبْهَةٍ وَأَتَتْ بِوَلَدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْ كُلِّ مَنِمَا وَتَعَذَّرَ الْحَاقُّ الْقَائِفِ مِنْ أَنَّهُ تَنْقِضِي عِدَّةً أَحَدَهُمَا بِوَضْعِهِ ثُمَّ تَعْتَدُ لِلْآخِرِ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ، وَأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَائِنًا فَنَكَحَهَا الزَّوْجُ مَرَّةً وَاحِدَةً^(٥) قَبْلَ الْوَضْعِ أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يُحْكَمْ بِصَحَّتِهِ؛ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ فِي عِدَّةِ الثَّانِي، فَإِنْ بَانَ بَعْدُ بِالْقَائِفِ أَنَّهَا فِي عِدَّتِهِ صَحَّ كَمَا صَحَّتِ الرَّجْعَةُ اعْتِبَارًا بِمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ.

(١) «الشرح الكبير» (٤٤٩/٩)، و«روضة الطالبين» (٣٧٧/٨).

(٢) «أَسْنَى الْمُطَالِبِ» (٣٩٣/٣).

(٣) فَوْقَهُ فِي (ع): «ضَعِيفٌ». وَكُتِبَ بِالْهَامِشِ بِخَطِ الْإِمَامِ الْجَوْهَرِيِّ: «قَوْلُهُ: وَالْقِيَاسُ .. إلخ ضَعِيفٌ، وَالْفَرْقُ أَنَّ النِّكَاحَ كَالْعِبَادَةِ فَيَحْتَاطُ لَهُ مَا لَا يَحْتَاطُ لِلْبَيْعِ، وَبَيْنَهُمَا وَيَبِينُ مَسْأَلَةُ الْمَفْقُودِ أَنَّ هُنَا سَبَبًا يَحَالُ عَلَيْهِ الشُّكُّ وَهُوَ النِّفْلُ مَثَلًا بِخِلَافِ الْمَفْقُودِ، كَذَا يُوْخِذُ مِنْ شَرْحِ (م ر)».

(٤) فَوْقَهُ فِي (ع): «مُعْتَمَدٌ».

(٥) كُتِبَ هَامِشٌ (ع) بِخَطِ الْإِمَامِ الْجَوْهَرِيِّ: «قَوْلُهُ: مَرَّةً وَاحِدَةً، خَرَجَ مَا إِذَا نَكَحَهَا قَبْلَ الْوَضْعِ وَبَعْدَهُ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ لِمُضَادَّتِهِ عِدَّتَهُ الْبَيْتَةِ، وَعِبَارَةٌ (م ر) فِي شَرْحِهِ مَا نَفَصَ: وَلَوْ اشْتَبَهَ الْحَمْلُ فَلَمْ يَدْرَ أَمْسَ الرُّوحِ أَمْ مِنَ الشَّهْوَةِ جَدَّدَ النِّكَاحَ مَرَّتَيْنِ قَبْلَ وَضْعِ مَرَّةً وَبَعْدَهُ أُخْرَى لِيَصَادَفَ التَّجْدِيدَ عِدَّتَهُ يَقِينًا، فَلَا يَكْفِي تَجْدِيدُهُ مَرَّةً لِاحْتِمَالِ وَقُوعِهِ فِي عِدَّةٍ غَيْرِهِ، فَإِنْ بَانَ بِالْحَاقِّ الْقَائِفِ وَقُوعُهُ فِي عِدَّتِهِ كَفَى». انْتَهَى بِالْحَرْفِ.

ولو نكحها الواطئ بشبهة قبل الوضع لم يصح، أو نكحها بعده في باقي عدّة الزوج فكذلك^(١)، لكن لو بان هنا بالقائف أنّ الحمل من الزوج صحّ اعتباراً بما في نفس الأمر، لا يقال: فرق بين مسألة المطلقة وما نحن فيه؛ لأنّها حالة النكاح يحتمل أن تكون في عدّته؛ لأنّا نقول: هذا الاحتمال لا يزيد على احتمال أنّها غير معتدّة بالكلية في مسألتنا.

فإن قلت: تبين الصّحة في مسألتنا بخالف عدم الصّحة فيما لو عقد على خنثى مشكّل وإن بان أنثى، والجامع أنّ الشكّ في المعقود عليه في كلّ منهما. قلت: يُفرّق بأنّ الخنثى في نفسه لا يتصور حلّه ظاهراً مطلقاً، بخلاف المرأة في نفسها.

وإن كان^(٢) بعد تمام الأشهر قال الشيخان^(٣): فالأولى ألا تنكح، فإن نكحت صحّ، لكن لو تحقّقنا كونها حاملاً وقت النكاح بأن ولدت لدون ستّة أشهر من وقت النكاح تبيناً بطلان النكاح، بخلاف ما لو ولدت لستّة أشهر فصاعداً، فالولد للثاني، ونكاحه مستور.

والعبرة في الأشهر بالأهلة ما أمكن، فإن مات أوّل الهلال فواضح، أو في خلال شهر بقي منه عشرة أيّام أو أقلّ ضمت إلى ذلك أربعة أشهر بالأهلة، وأكملت بقية العشرة ممّا بعدها، أو أكثر من عشرة أيّام ضمت إلى ذلك ثلاثة أشهر بالأهلة، وأكملت عليه ممّا بعدها بقية أربعين يوماً.

(١) كتب هامش (ع) بخط الإمام الجوهري: «أي. ظهراً كما يستفاد مما بعده؛ فليتأمل».

(٢) كتب هامش (ع) بخط الإمام الجوهري. «قسيم قوله فيما تقدم. فإن كان قبل تمام الأشهر إلخ».

(٣) «الشرح الكبير» (٤٤٩/٩)، «روضة الطالبين» (٣٧٧/٨).

(وغير المتوفى عنها) من حيث إنها غير المتوفى عنها، وهي:

* الموطوءة بشبهة كنكاح فاسد، وإن توفى عنها الواطئ؛ لأن عدة الوفاة مختصة بالنكاح الصحيح،

* والمفارقة في الحياة بطلاق أو فسخ أو انفساخ بنحو لعان أو رضاع، وقد وطئها الزوج، ولو مجنوناً ومكرهاً، وإن كان الوطء في الدُّبُر، وكذا بذكر أشل، خلافاً لما أفتى به البغوي^(١).

وكالوطء استدخال المنى المحترم حال خروجه ولو باعتبار الواقع فيما يظهر كما لو خرج بوطء زوجته ظاناً أنها أجنبية فاستدخلته زوجة أخرى، أو أجنبية اعتباراً بالواقع دون اعتقاده، وإن عكسنا في العكس؛ لأن ذلك هو الاحتياط فيها.

وهل خروجه باستمناء بيده كخروجه بالزنا بجامع حُرمة كل منهما لذاته حتى لا تجب العدة باستدخاله ولا يلحقه الولد المنعقد منه؟

فيه نظر، وضبط المتولي الوطء الموجب للعدة بما لا يحد به الواطئ وإن حدث به الموطوءة، كما لو زنى مراهقاً بالغية، أو مجنوناً بعاقلة، أو مكررة بطائفة^(٢)، وقضيته لحوق الولد بالمكره، وهو ما أفتى به شيخ مشايخنا، قال: لأنه لما جعل الإكراه عذراً في إسقاط الحد عنه صار ماؤه مُحترماً كما ذكره المتولي، وما نقله عنه بعض سراح «المنهاج» «من أنه لا يلحقه» أخذه من عموم كلام لا يدل عليه، وما نقل عن «الوسيط» أيضاً «من أنه لا يلحقه» سهواً؛ لأن كلام «الوسيط» إنما هو فيما إذا أكرهت الموطوءة لا الواطئ. انتهى.

(١) ينظر «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٠).

(٢) ينظر «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٠).

لكن حالفه أجل أصحابه شيخنا الشهاب الرملي، فأفتى بعدم^(١) لحوق الولد لعدم احترام وطنه بدليل الإثم به؛ لأن الإكراه لا يبيحه، وقضيته عدم^(٢) وجوب العدة^(٣) أيضاً، ولا إشكال على هذا في عدم اللُّحوق وعدم وجوب العدة في مسألة الاستمناء كما لا يخفى.

(إِنْ كَانَتْ حَامِلًا) حملًا يمكن كونه من ذي العدة، وإن كان مَجْبُوبًا أو مَسْلُوبًا، أو كان الحمل منفياً بِلَعَانِهِ، أو لحمًا بشرطه السابق (فَعِدَّتُهَا يَوْضِعُ) جميع (الحَمْلِ) حتى ثاني توءمين كما تقدّم، (وَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا) أو حاملًا حملًا لا يمكن كونه منه (وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ) بأن حاصت قبل الشروع في العدة أو عنده، وإن انقطع دمها لعلّة؛ كرضاع، ومرض، أو لغير علّة (فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ) بضمّين جمع قرء بفتح أوله أكثر من ضمّه، فيجب عليها في صورة انقطاع دمها الصبر إلى أن تحيض، فتعتد بثلاثة قُرُوءٍ، أو تياس بثلاثة أشهر وإن طالّت مدّة الصبر.

وتعتد المستحاضة بقُرُوءِها المردودة إليها، ويأتي هنا وفيما يأتي ما تقدّم فيما لو أتت الرّجعية بوليد لفوق أربع سنين وأدعت أن الزوج جدّد فراشها أو وطئها بشبهة، وأنها ولدته على فراشه وأمكن ذلك، وفيما لو ظهر حمل أو ارتأبت في العدة أو بعدها، وفيما لو كان هناك حمل من شبهة أو زنا أو مجهول.

(وَهِيَ) أي: القُرُوءُ (الْأَطْهَارُ) بين دمائ الحَيْضِ أو دمائ النَّفَاسِ أو دمائِ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ، بأن يقع كلّ منها بين دمين من ذلك، وذلك؛ لقوله تعالى:

(١) فوّقه في (ع): «معتد».

(٢) فوّقه في (ع): «معتد».

(٣) في هامش (ع) بحط الإمام الجوهري «قيد (م) في شرحه من يعتد تحريمه، وقضيته أن غيره يكون ماؤه محرّمًا؛ فليتأمل».

﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(١).

وقد حمل الشافعي^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْقُرْءَ فِيهَا عَلَى الْأَطْهَارِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٣)؛ أَي: فِي زَمَنِهَا، وَهُوَ وَقْتُ الطَّهْرِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ فِي الْحَيْضِ حَرَامٌ، لَصَحَّةِ النَّهْيِ عَنْهُ، وَفِي «الصَّحِيحَيْنِ»^(٤) أَنَّ ابْنَ عَمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، فَذَكَرَ ذَلِكَ عُمَرُ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «مُرُهُ فَلْيَرَا جَمْعَهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ، فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكْهَا، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقْهَا قَبْلَ أَنْ يُجَامَعَ، فَبِئْسَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»، وَهَذَا تَصْرِيحٌ أَوْ كَالْتَصْرِيحِ مِنْهُ ﷺ بِتَفْسِيرِ زَمَانِ الْعِدَّةِ بِزَمَانِ الطَّهْرِ.

وَمِنْ لَازِمِ ذَلِكَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ^(٥) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ حُمْلِ الْقُرْءِ عَلَى الْأَطْهَارِ، وَمِنْ الْاِكْتِفَاءِ بِبَعْضِ الطَّهْرِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَأْمُورًا بِإِقَاعِ الطَّلَاقِ فِي زَمَانِ الطَّهْرِ، فَلَا جَائِزَ إِلَّا يَكُونَ تِلْكَ الْبَقِيَّةُ مِنَ الطَّهْرِ غَيْرَ مُحْسُوبَةٍ لِلزُّومِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ، وَهُوَ الْمَعْنَى الَّذِي لِأَجْلِهِ حُرْمُ إِقَاعِ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ، فَتَمَعَّنَ حَسَابُهَا، وَهُوَ الْمَطْلُوبُ.

وَأَمَّا مَا يُلْزَمُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ إِطْلَاقِ الثَّلَاثَةِ الْقُرُوءِ عَلَى قَرْنَيْنِ وَبَعْضِ قَرءٍ، فَلَا مَحْذُورَ فِيهِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ﴾^(٦) مَعَ أَنَّهَا شَهْرَانِ وَبَعْضُ شَهْرٍ، غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّهُ مَجَازٌ، وَالْحُمْلُ عَلَى الْمَجَازِ مُتَعَيَّنٌ عِنْدَ الْقَرِينَةِ، وَهِيَ هُنَا أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ إِنَّمَا هُوَ لِلزُّومِ التَّطْوِيلِ، وَالتَّطْوِيلُ لَازِمٌ لَوْ لَمْ يُعْتَبَرِ الْبَقِيَّةُ.

(١) سورة البقرة: ٢٢٨.

(٢) الأم: ٥٢٩/٦.

(٣) سورة الطلاق: ١.

(٤) صحيح البخاري: (٥٢٥١)، صحيح مسلم (١٤٧١).

(٥) الأم: ٥٢٩/٦.

(٦) سورة البقرة: ١٩٧.

وبما تقرر يظهر سقوط ما اعترض به على الشافعي رحمه الله عنه من أن الحمل على الطهر يبطل موجب الخاص، وهو لفظ الثلاثة؛ لأنه لو كان المراد الطهر والطلاق المشروع هو الذي يكون في حالة الطهر، فالطهر الذي طلق فيه إن لم يحسب من العدة يجب ثلاثة أطهار وبعض، وإن احتسب كما هو مذهب الشافعي يجب طهران وبعض، فإن جعل بعض الطهر طهراً بناءً على أن الطهر أدنى ما ينطلق عليه لفظ الطهر وهو طهر ساعة مثلاً، لا ما تخلل بين الدمين.

رُدُّ بآنه لو كان كذلك لم يكن بين الأول والثالث فرق، فيلزم أن يكفي في الثالث بعض الطهر، وأنه إذا مضى من الثالث شيء حل لها التزوج، وهو خلاف الإجماع، ووجه ظهور سقوطه أنه مُجرَّد مشاغبة عقلية دَلَّ دليل الشرع على خلافها، فلا اعتبار بها على أن الفرق بين الأول والثالث في غاية الحسن واللطيف، وذلك لأن الاعتداد بالأطهار إنما هو لدلائلها على براءة الرحم، لكن دلائلها على ذلك إنما هو باعتبار تمامها؛ لأن وجه الدلالة على البراءة أن الغالب أن من حبست في الطهر لا تحيض، فتمام الطهر بالانتقال إلى الحيض يدل على عدم الحمل، بخلاف من حبست في الحيض؛ إذ ليس الغالب أنها لا تطهر، كيف والطهر هو الأغلب في حق الحامل، والحمل يُنافي الحيض غالباً، فمُجرَّد الطهر لا يدل على البراءة بخلاف تمامه، وحينئذٍ فلما تحقق التمام الذي هو منشأ الدلالة كما رأيت في بقية الأول اكتفي بها، ولما لم يوجد في بعض الثالث لم يُكتَفَ به، وتوقف الانقضاء على تمامه، فلهذه النكتة الدقيقة اللطيفة التي خفيت على المعترض نظر عالم قريش إلى المعنى، وفرق بين الأول والثالث، فلهذه دُرَّة ما أغوصه على دقائق الشرع، وما أعرقه بمقاصد كلام الله تعالى!

فَعَلِمَ أَنَّ مَنْ طَلَّقَتْ طَاهِرًا وَقَدْ بَقِيَ مِنْ زَمَنِ طَهْرِهَا شَيْءٌ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالطَّعْنِ فِي حَيْضَةٍ ثَالِثَةٍ، بِخِلَافِ مَنْ طَلَّقَتْ حَائِضًا، أَوْ قَالَ لَهَا: «أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ طَهْرِكَ» فَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا بِالطَّعْنِ فِي حَيْضَةٍ رَابِعَةٍ، وَبِخِلَافِ مَنْ لَمْ تَحِضْ وَلَمْ تَنْفَسْ إِذَا طَلَّقَتْ ثُمَّ حَاضَتْ أَوْ نَفَسَتْ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ بِالشَّهْرِ فَلَا يَحْسَبُ زَمَنُ الطَّلَاقِ قَرَأَةً؛ إِذْ لَمْ يَقَعْ بَيْنَ دَمَيْنِ.

(وَإِنْ كَانَتْ) لَا مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ بَأَنَّ كَانَتْ (صَغِيرَةً، أَوْ آيَسَةً) مِنَ الْحَيْضِ بَأَنَّ بَلَغَتْ سَنَ الْيَاسِ مِنْهُ، وَهُوَ اثْنَانِ وَسِتُّونَ سَنَةً عَلَى الْأَصَحِّ، أَوْ لَمْ تَحِضْ أَصْلًا وَإِنْ وَلَدَتْ وَرَأَتْ نِفَاسًا وَلَا يَجْعَلُهَا النَّفَاسُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ كَمَا نَقَلَ ذَلِكَ الرَّافِعِيُّ^(١) فِي آخِرِ الْعَدَدِ عَنْ «فَتَاوِي الْبَغْوِيِّ»، وَمَشَى عَلَيْهِ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٢)^(٣) هُنَا حَيْثُ حَكَى نَقْلَ الرَّافِعِيِّ ثُمَّ قَالَ: فَجَزَمَ الْبَغْوِيُّ بِهَذَا وَلَمْ يَذْكُرِ الرَّافِعِيُّ هُنَاكَ خِلَافَهُ. انْتَهَى.

وهُوَ قَدْ يَخَالِفُ قَوْلَنَا السَّابِقَ عِنْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ: «وَهِيَ الْأَطْهَارُ» تَبَعًا لَشَيْخِ مَشَايخِنَا^(٤) أَوْ دَمَاءِ النَّفَاسِ، وَيُوجِبُ تَصْوِيرَ قَوْلِنَا هُنَاكَ تَبَعًا لَهُ وَلِغَيْرِهِ أَيْضًا، أَوْ دَمَاءِ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ بِمَا إِذَا تَقَدَّمَ دَمُ الْحَيْضِ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٢٢). (٢) «روضة الطالبين» (٨/ ٣٧٠).

(٣) فِي هَامِشِ (ع) بِخَطِ الْإِمَامِ الْجَوْهَرِيِّ: «عِبَارَتُهُ فِيهَا: وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَمْ تَرَحِضْ فَط وَلَا نِفَاسًا فَهَلْ تَعْتَدُ بِالشَّهْرِ، أَمْ هِيَ كَمَنْ انْقَطَعَ حَيْضُهَا بِلا سَبَبٍ؟ وَجِهَانِ، وَبِالْأَوَّلِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَمِنْ زِيَادَتِهِ الصَّحِيحُ الْإِعْتِدَادُ بِالشَّهْرِ، لَدُخُولِهَا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ﴾ وَذَكَرَ الرَّافِعِيُّ فِي آخِرِ الْعَدَدِ عَنْ فَتَاوِي الْبَغْوِيِّ: أَنَّ النَّبِيَّ لَمْ تَحِضْ فَط، إِذَا وَلَدَتْ وَنَفَسَتْ، تَعْتَدُ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، وَلَا يَجْعَلُهَا النَّفَاسُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ، فَجَزَمَ الْبَغْوِيُّ بِهَذَا، وَلَمْ يَذْكُرِ الرَّافِعِيُّ خِلَافَهُ. انْتَهَى، وَبِهِ يَتَّصِحُّ مَا قَالَهُ الشَّارِحُ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ».

(٤) «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٣/ ٣٩٠).

أو كانت متحيرة (فَعِدَّتْهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ) هلالية، فإن فُورِقَتْ في أثناء شهر فبعده هلالان، ويُكْمَلُ الْمُتَكَسِّرُ مِنَ الرَّابِعِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا، نعم إن كان الباقي في الْمُتَحِيرَةِ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا حُسِبَ ذَلِكَ قَرَاءً؛ لاشتِمَالِهِ عَلَى طَهْرٍ لَا مَحَالَةَ وَاعْتَدَتْ بَعْدَهُ بِشَهْرَيْنِ هَلَالَيْنِ، والمُرَادُ بِالْأَكْثَرِ يَوْمٌ فَأَكْثَرَ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ بَعْضُ مَشَايخِنَا وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ إِذْ لَوْ كَفَى مَا دَوَّهَ لِحَازَ أَنْ يَقَعَ الطَّلَاقُ مُطَابِقًا لِأَوَّلِ الْحَيْضِ، وَأَقْلَهُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ، فَلَا يَكُونُ الْبَاقِي بَعْدَهُ قَدَرٌ أَقَلَّ الطَّهْرِ أَوْ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَمَا دَوَّهَهَا.

فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُحْسَبُ وَلَا يُعْتَابَرُ بِهِ، بَلْ تَعْتَدُّ بَعْدَهُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ هَلَالِيَّةٍ، وَلَوْ حَصَلَ الْيَأْسُ فِي أَثْنَاءِ الْأَقْرَاءِ اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَلَا يُحْسَبُ مَا مَضَى شَهْرًا كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي «الرُّوْضِ» وَغَيْرِهِ، وَاعْتَرَضَهُ شَيْخُ مَشَايخِنَا^(١) بِأَنَّ الْمَنْقُولَ خِلَافَهُ كَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخَانِ^(٢) بَعْدَ ذَلِكَ، وَتَوَنَّعَ بِأَنَّ مَا ذَكَرَاهُ بَعْدُ فِي الْوُطْءِ^(٣) الشُّبْهَةُ، وَمَا هُنَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وَالْفَرْقُ مُمْكِنٌ، فَإِنَّ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ يُحْتَاطُ لَهُ مَا لَا يُحْتَاطُ لغيره، فَلْيُتَأَمَّلْ.

وَلَوْ حَاضَتْ إِحْدَى الْمَذْكُورَاتِ فِي الْأَشْهُرِ، وَجَبَ عَلَيْهَا الرُّجُوعُ إِلَى الْإِعْتِدَادِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ، أَوْ بَعْدَ تَمَامِ الْأَشْهُرِ فَلَا أَثَرُ لَهُ فِي حَقِّ غَيْرِ الْإِيسَةِ، وَكَذَا فِي حَقِّهَا إِنْ نَكَحَتْ، وَإِلَّا وَجَبَ الرُّجُوعُ إِلَى الْأَقْرَاءِ.

(وَالْمُطَلَّقَةُ) وَفِي مَعْنَاهَا مَنْ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِفَسْخٍ أَوْ غَيْرِهِ (قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا) أَي: وَطْئِهَا وَلَوْ فِي الدُّبْرِ وَقَبْلَ دُخُولِ مَنِهَ الْمُحْتَرَمِ وَلَوْ بَعْدَ الْخُلُوءِ بِهَا (لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا)؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ

(١) داسنى المطالب، (٣/ ٣٩٢).

(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٢٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٢٥).

(٣) في (هـ)، (ك)، «أقراء وطء».

عِدَّةٌ تَعْتَدُونَهَا^(١)، ودخولُ المَنِيِّ كالوطءِ بل أُولَى؛ لَأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْعُلُوقِ مِنْ مُجَرَّدِ الْوَطْءِ.

(وَعِدَّةُ الْأَمَةِ) بِأَقْسَامِهَا، وَمِثْلُهَا الْمُبْعَضَةُ أَي: اعْتَدَاذُهَا عَنْ فِرَاقٍ أَوْ وَفَاةٍ أَوْ غَيْرِ هُمَا (بِالْحَمْلِ كَعِدَّةِ الْحُرَّةِ) أَي: اعْتَدَاذُهَا بِهِ عَنْ ذَلِكَ فَيَحْصُلُ بِوَضْعِهِ بِشُرُوطِهِ السَّابِقَةِ، (وَ) عِدَّتُهَا أَي: اعْتَدَاذُهَا (بِالْأَقْرَاءِ) بِأَنْ فُورِقَتْ أَوْ وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ فِي الْحَيَاةِ، وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ وَلَا حَمْلَ بِهَا لَذِي الْعِدَّةِ (أَنْ تَعْتَدَّ بِقَرَّيْنِ)؛ لِأَنَّهَا عَلَى النِّصْفِ مِنَ الْحُرَّةِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَإِنَّمَا كَمَلَّتِ الْقَرَّةُ الثَّانِي لِتَعْدُرِ تَبْعِيضُهُ كَالطَّلَاقِ، إِذْ لَا يَظْهَرُ نَصْفُهُ إِلَّا بِظَهْوَرِ كُلِّهِ.

وَاعْتَرِضَ بِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَبْعُضَهُ بِأَنْ يُجْعَلَ ظَهْوَرُ كُلِّهِ مَبِينًا لظَهْوَرِ نَصْفِهِ لَا مِنَ الْعِدَّةِ، وَيُجَابُ بِأَنَّ النِّصْفَ لَمَّا لَمْ يَنْضِبْطَ لكَثْرَةِ تَفَاوُتِهِ بِالْاِخْتِلَافِ زِيَادَةً وَنَقْصَانًا، وَكَانَ قَدْ يَقَعُ الْخَلَلُ فِي مَعْرِفَتِهِ، كَانَ اعْتِبَارُهُ مِظَنَّةَ الْخَطِإِ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ، بَلْ اعْتَبِرَ الْأَمْرُ الظَّاهِرُ الْمُنْضِبِطُ، وَهُوَ التَّمَامُ.

(وَ) اعْتَدَاذُهَا (بِالشُّهُورِ عَنِ الْوَفَاةِ) لِلزَّوْجِ بِأَنْ كَانَتْ غَيْرَ حَامِلٍ مِنْهُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ (أَنْ تَعْتَدَّ بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ) بِأَيَّامِهَا (وَ) اعْتَدَاذُهَا بِالشُّهُورِ (عَنِ الطَّلَاقِ) وَنَحْوِهِ بِأَنْ لَمْ تَكُنْ حَامِلًا مِنْ ذِي الْعِدَّةِ وَلَا مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ؛ كَصَغِيرَةٍ وَأَيَسَةٍ وَمَنْ لَمْ تَحْضُ أَصْلًا أَنْ تَعْتَدَّ (بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ) وَلَوْ مَتَحِيرَةً عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ الْبَارِزِيُّ، لَكِنْ قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: هَذَا قَدْ يَتَخَرَّجُ عَلَى أَنَّ الْأَشْهَرَ أَصْلٌ فِي حَقِّهَا، وَلَيْسَ بِالْمُعْتَمَدِ، فَالْفَتْوَى عَلَى أَنَّهَا إِذَا طُلِّقَتْ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ فَلَا بَدَّ مِنْ شَهْرَيْنِ أَوْ قَدْ بَقِيَ أَكْثَرُهُ اعْتَدَّتْ بِبَاقِيهِ مَعَ الثَّانِي أَوْ دُونَ الْأَكْثَرِ لَمْ يُحْسَبْ، فَتَعْتَدُّ بِشَهْرَيْنِ بَعْدَ هَذِهِ الْبَقِيَّةِ. انْتَهَى.

وقوله في بعض النسخ: (فَإِنْ اعْتَدَّتْ) عَنِ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهِ (بِشَهْرَيْنِ كَانَ أُولَى) لَمْ أَرَهُ لغيره، فَإِنْ وُجَّهَ بِمُرَاعَاةِ الْقَوْلِ بِأَنَّ عَدَّتْهَا شَهْرَانِ فَاتَهُ مُرَاعَاةُ الْقَوْلِ الْآخِرِ بِأَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ، وَلَوْ صَارَتْ حُرَّةً فِي الْعِدَّةِ لَمْ يَخْتَلِفِ الْحَالُ إِنْ كَانَتْ عِدَّةً بَيْنُونَةً، فَإِنْ كَانَتْ عِدَّةً رَجْعِيَّةً أَتَمَّتْ عِدَّةَ حُرَّةٍ؛ لِأَنَّهَا كَالزَّوْجَةِ، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ عَنْهَا انْتَقَلَتْ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، أَوْ صَارَتْ أُمَةً فِيهَا بِأَنَّ كَانَتْ كِتَابِيَّةً وَالتَّحَقَّتْ بِدَارِ الْحَرْبِ وَاسْتَرْقَتْ فَوْجَهَانِ فِي «التَّسْمَةِ»:

أَحَدُهُمَا، قَالَ شَيْخُ مَشَايخِنَا وَهُوَ الْأَوْجَهُ: تَكْمُلُ عِدَّةَ حُرَّةٍ^(١).

وِثَانِيَهُمَا وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: تَرْجِعُ إِلَى عِدَّةِ الْأُمَةِ.

وَالْعِبْرَةُ فِي كَوْنِهَا حُرَّةً أَوْ أُمَةً بظنِّ الْوَاطِئِ إِنْ اقْتَضَى تَغْلِيظًا، وَإِلَّا فَبِالْوَاقِعِ عَلَى الْأَوْجِهِ، فَلَوْ وَطِئَ أُمَةً غَيْرَهُ بظنِّ زَوْجَتِهِ الْحُرَّةِ اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ، أَوْ حُرَّةً يَظُنُّهَا أُمَةً أَوْ زَوْجَتَهُ الْأُمَةَ فَكَذَلِكَ، كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي «الرُّوضِ»^(٢) فِي الْأُولَى وَمِثْلُهَا الثَّانِيَةُ، وَجَعَلَ الشَّيْخَيْنِ الْأَشْبَهَ خِلَافَ ذَلِكَ.

قَالَ شَيْخُ مَشَايِخِنَا: أَيُّ: مِنْ حَيْثُ الْقِيَاسُ. وَلَوْ وَطِئَ أُمَةً غَيْرَهُ يَظُنُّهَا أُمَةً اعْتَدَّتْ بِقَرَّةٍ وَاحِدَةٍ^(٣).

فَرَحُّ: لَوْ أَدَّعَتْ الْمُعْتَدَّةُ الَّتِي مَاتَ زَوْجُهَا انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا فِي حَيَاتِهِ لَمْ تَسْقُطْ عَنْهَا الْعِدَّةُ وَلَمْ تَرِثْ، لَكِنْ قَيَّدَهُ الْقَفَّالُ بِالرَّجْعِيَّةِ، فَأَخَذَ مِنْهُ الْأَذْرَعِيُّ سَقُوطَ عِدَّةِ الْبَائِسِ، وَلَوْ أَدَّعَتْ أَنَّ الطَّلَاقَ رَجْعِيٌّ لَرِثَتْ وَقَدْ جَهِلَ أَنَّهُ رَجْعِيٌّ أَوْ بَائِسٌ صُدِّقَتْ كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ وَعَدَمُ الْإِبَانَةِ.

(٢) «روضة الطالب» (٢/ ٤١٥).

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩١).

(٣) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩١).

(فَصْلٌ)

فِي الْإِسْتِبْرَاءِ

وهو التَّربُّصُ بِالرَّقِيقَةِ مَدَّةً لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا لِنَحْوِ حَدِيثِ مُلْكِهَا أَوْ زَوَالِهِ.
(وَمَنْ اسْتَحْدَثَ) أَي: أَحْدَثَ لِنَفْسِهِ وَلَوْ بَنَائِيهِ (مُلْكٌ أُمَةٌ) لَيْسَتْ زَوْجَتَهُ
بِوَجْهِ مَا؛ كَشَرَاءٍ وَإِرْثٍ وَاتِّهَابٍ وَسَبِيٍّ، وَرَدُّ بَعِيْبٍ أَوْ بَخْيَارٍ حَيْثُ حُكِمَ بِزَوَالِ
مُلْكِهِ، وَتَحَالُفٍ وَتَقَايِلٍ، وَقَبُولٍ وَصِيَّةٍ.

(حَرَّمَ عَلَيْهِ الْإِسْتِمْتَاعُ بِهَا) بَوَاطِءٌ وَغَيْرُهُ؛ كَلَمْسٍ، وَتَقْبِيلٍ، وَنَظَرٍ بِشَهْوَةٍ، وَإِنْ
كَانَتْ حَامِلًا مِنْ زَنَا خِلَافًا لِلْمَآوِرِيِّ^(١)، أَوْ بَكْرًا أَوْ صَغِيرَةً أَوْ آيَسَةً أَوْ مُعْتَدَّةً
مِنْهُ وَلَوْ مِنْ طَلَاقٍ رَجَعِيٍّ، أَوْ مُعْتَدَّةً مِنْ غَيْرِهِ لِفَرْقَةٍ أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ وَقَدْ انْقَضَتْ
عِدَّتُهَا أَوْ مَزُوجَةٍ مِنْ غَيْرِهِ وَقَدْ طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ بَعْدَهُ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا
أَوْ مُتَقَلَّةً عَمَّنِ اسْتَبْرَأَهَا أَوْ عَنْ صَبِيٍّ أَوْ امْرَأَةٍ.

(حَتَّى يَسْتَبْرَأَهَا) بِمَا يَأْتِي، وَلَوْ قَبْلَ قُبْضِهَا فِي غَيْرِ الْإِثْبَابِ، وَلَوْ قَبْلَ زَوَالِ
الْإِحْرَامِ وَالصَّوْمِ وَالْإِعْتِكَافِ فِيمَا لَوْ اشْتَرَى مُحْرِمَةً أَوْ صَائِمَةً أَوْ مُعْتَكِفَةً
وَاجِبٍ^(٢) بِإِذْنِ سَيِّدِهَا كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْعِرَاقِيِّينَ، أَوْ قَبْلَ انْفِكَالِ الرَّهْنِ فِي
الْمَرْهُونَةِ، وَزَوَالِ الْحَجَرِ فِي أُمَةٍ مُشْتَرٍ حُجْرٍ عَلَيْهِ بَفَلَسٍ، لَكِنْ بَعْدَ سَقُوطِ الدِّينِ
فِي أُمَةٍ اشْتَرَاهَا عَبْدٌ مَأْذُونٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَبَعْدَ إِطَاقَةِ الْوَطْءِ فِي صَغِيرَةٍ لَا تَحْتَمِلُ
الْوَطْءَ عَلَى مَا قَالَهُ الْجُرْجَانِيُّ، لَكِنْ اسْتَبْعَدَهُ الزُّرْكَشِيُّ، وَبَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالطَّلَاقِ
وَالْإِعْتِدَادِ فِيمَا لَوْ مُلْكٌ مَنْ لَا تَحِلُّ كَمَجُوسِيَّةٍ وَمُرْتَدَّةٍ أَوْ مُزَوَّجَةٍ مَدْخُولًا بِهَا

(١) «الحاوي الكبير» (١١/٣٤٧).

(٢) فِي (ع)، حَاشِيَةٌ (هـ) وَمَوْقِفُهُ نَحْوُ «وَاجِبًا»

أولاً، أو موطوءة عن شبهة، فلا يكفي وجود صورة الاستبراء قبل ما ذكر؛ لأنه لا يستعقب حل التمتع الذي هو القصد في الاستبراء، وقد يؤخذ منه أنه لو وقع وطء شبهة في أثناء الاستبراء قطعته وقدمت عدته.

نعم، يجوز الاستمتاع بغير الوطء بالمسبية على ما صححه الشيخان^(١)، ومثلها المستترأة من حربي كما قاله صاحب «الاستقصاء» وتبعه الأذريعي^(٢) وغيره، ومحل التحريم فيما لو كانت غير موطوءة كأن ملكها من نحو امرأة، أو استبرأها من انتقلت إليه منه، أو كانت موطوءة بزناً إذا لم يعتقها، فإن أعتقها جاز له تزويجها قبل الاستبراء.

وخرج بالاستمتاع الخلوة بها، فلا تحرم كما صرح به الجرجاني في «الشافى» ودل عليه قول غيره: لا يُحال بينه وبينها.

أما لو استحدثت ملك زوجته فله الاستمتاع بها بوطء وغيره من غير استبراء، لكنه يُندب، نعم إن اشتراها بشرط الخيار فالمنصوص أنه لا يجوز له وطؤها (في زمن الخيار، وهذا في الحر، أما المكاتب فإذا اشترى زوجته انفسخ نكاحها كما حكاه المأوردي، وليس له وطؤها)^(٣) وإن أذن له سيده على ما يأتي في الكتابة.

ودخل في استحداث ملك الأمة ما لو أقرض أمة ممن لا تحل له ثم ردّها إليه ولو قبل التصرف فيها، فيجب استبرأؤها لاستحداث ملكها، إذ المقرض يملك بالقبض، بخلاف ما لو ردّت عليه أمة دفعها عن دين السلم لوجودها بغير الصفة المشروطة لعدم زوال ملكه عنها على الأصح.

(١) «الشرح الكبير» (٥٢٧/٩)، و«روضة الطالبين» (٤٢٧/٨).

(٢) «قوت المحتاج» (٣٠٩/٧ - ٣١٠).

(٣) زيادة من (ع).

وكاستحداثِ المَلِكِ - أي: مَلِكِ الرِّقَبَةِ كما هو المتبادِرُ - استحداثُ مَلِكِ الاستمتاعِ بنحوِ زوالِ الكتابةِ الصَّحِيحَةِ عن أُمَةٍ كاتِبِهَا بفسخٍ أو تعجيزٍ، وزوالُ الرَّدَّةِ عَنِ الْأُمَةِ أو سَيِّدِهَا، وطلاقُ أُمَّتِهِ الْمُزَوَّجَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ أو بَعْدَهُ مع انقضاءِ عَدَّتِهَا، فَإِنَّهُ يَحْرُمُ الاستمتاعُ بِهَا قَبْلَ الاستبراءِ لحدوثِ حَلِّ الاستمتاعِ بَعْدَ زوالِهِ بِالكتابةِ والرَّدَّةِ والتزويجِ.

وقوله: «حَتَّى يَسْتَبْرَأَ» صَادِقٌ مع تعدُّدِ الاستبراءِ، فَإِنَّهُ لو مَلَكَهَا من شَرِيكَيْنِ وَطَنَاهَا في حَيْضٍ أو طَهْرٍ وَجَبَ استبراءُ انِ كَالْعَدَّتَيْنِ مِنْ شَخْصَيْنِ، فَإِنْ لم يَطَّأَهَا أو مَلَكَهَا من نَحْوِ نِسَاءٍ أو صِبْيَانٍ فَهَلْ يَتَعَدَّدُ الاستبراءُ أو يَكْفِي وَاحِدٌ؟ فِيهِ نَظَرٌ.

وخرَجَ بتخصيصِ الحُرْمَةِ به في قوله «وَحَرَّمَ عَلَيْهِ»: غَيْرُهُ، فَيَحِلُّ تزويجُهَا منه، ثُمَّ استمتاعُهُ بِهَا بلا استبراءٍ فيما لو كان هو واطَّوَّهَا، أو كانت معتدَّةً لغيرِهِ فانْقَضَتْ عَدَّتُهَا، أو مُزَوَّجَةٌ وَطُلِّقَتْ مُطْلَقًا مع انقضاءِ عَدَّتِهَا إِنْ كانت مدخولًا بِهَا، أو مُسْتَبْرَأَةٌ مِنَ الْبَائِعِ، أو غَيْرِ مَوْطُوءَةٍ، أو مَوْطُوءَةٌ بَزَنًا، أو مَمْلُوكَةٌ مِنْ نَحْوِ صَبْيٍ أو امْرَأَةٍ.

والاستبراءُ (إِنْ كَانَتْ) أَي: الْأُمَةُ (مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ) ولو مستحاضةً أو انقطعَ دُمُهَا لَعَلَّةٍ أو غَيْرِهَا، لَا حَمْلَ بِهَا يَحْصُلُ^(١) (بِحَيْضَةٍ) أَي: بِمُضِيِّ حَيْضَةٍ كَامِلَةٍ^(٢)،

(١) جاءت في (ع) من المتن.

(٢) راد في (هـ)، (ك): «فَلَا يَكْفِي بَقِيَّةُ الْحَيْضَةِ، وَإِنَّمَا لَمْ يُكْتَفَ بِبَقِيَّةِ الْحَيْضَةِ كَمَا اكْتَفِيَ بِبَقِيَّةِ الطَّهْرِ فِي الْعَدَّةِ؛ لِأَنَّ بَقِيَّةَ الطَّهْرِ يَسْتَعِيقُ الْحَيْضَةَ الدَّالَّةَ عَلَى الْبَرَاءَةِ، وَهَذَا يَسْتَعِيقُ الطَّهْرَ، وَلَا دَلَالَةَ عَلَى الْبَرَاءَةِ، وَإِنَّمَا كَانَ الْمُعْتَبَرُ فِي الاستبراءِ الْحَيْضُ دُونَ الطَّهْرِ عَكْسَ الْعَدَّةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ مَعْرِفُ تَحْلِيلِ الْحَيْضِ بِرَاءَةِ الرَّحِمِ وَلَا تَكَرَّرُ فِي الاستبراءِ، فَاعْتَبِرَ الْحَيْضُ دُونَ الطَّهْرِ».

وإن استمتع بها^(١) ولو بوطء قبل الحيضة أو في أثنائها وإن أتم بذلك؛ لقيام الملك بخلاف العدة، فإن حبِلَتْ من الوطء قبل الحيضة توقَّفَ الحِلُّ على الوضع، أو في أثنائها فكَذلك إن لم يمضِ قبل وطئه أقلَّ الحيض كما قاله الإمام، فإن مَضَى قبله ذلك حَلَّتْ بانقطاعه لتمامه^(٢).

وخرَجَ بالتقييد بالكاملة: ما لو وُجِدَ سبب الاستبراء في أثنائها؛ فإنه لا يكفي فيه بقيتها، بل لابدَّ أن تطهر ثُمَّ تحيض ثُمَّ تطهر.

(وإن كانت من ذوات الشهور) وهي من لم تحض لصغير أو إياس أو غيرهما ولا حمل بها يحصل (بشهر) هلاله إن انطبق^(٣) سبب الاستبراء على أول الشهر، وإلا فبثلاثين يوماً أخذاً مما سبق في المعتدة، وقضية ذلك أن المتحيرة لا تستبرئ بشهر، وبه قال البلقيني فقال: لا يحصل استبراؤها إلا بخمسة وأربعين يوماً. انتهى. لكن قياس اعتدادها بثلاثة أشهر حصول استبرائها بشهر.

(وإن كانت من ذوات الحمل) بأن ملكها بسبي حاملاً أو غيره، حاملاً من زنا أو حملت منه بعد الملك كما قاله الزركشي، أو من وطئه قبل الحيضة، أو في أثنائها قبل مضي يوم وليلة كما تقدّم، أو في أثناء الشهر في ذات الشهور فيما يظهر أخذاً من هذا، بخلاف ما لو ملكها بغير السبي، وكانت حاملاً من زوج وهي في نكاحه أو عدته أو من وطئه شبهة؛ لما تقدّم من أنه إنما تعتد باستبرائها فيما ذكر بعد الطلاق.

وانقضاء العدة يحصل (بالوضع) لجميع الحمل، نعم إن مضت حيضة أو شهر مع حمل الزنا كفى، كما جزم به في «الروض»^(٤) في الأولى وبحته

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤١٢/٣).

(٤) «روض الطالب» (٤١٧/٢).

(١) سقطت في (ج).

(٣) في (ج) «أطلق».

الْأَذْرَعِي^(١) وَغَيْرُهُ فِي الثَّانِيَةِ أَخْذًا مِنَ الْاِكْتِفَاءِ فِي الْعِدَّةِ بِمُضِيِّ الْأَشْهُرِ مَعَ حَمْلِ الزَّانَا.

(و) كَمَا يَجِبُ الْاِسْتِبْرَاءُ بِاِسْتِحْدَاثِ الْمَلِكِ وَنَحْوِهِ كَمَا تَقَرَّرَ يَجِبُ بَزْوَالِ الْفِرَاشِ عَنِ الْمَوْطُوءَةِ بِمَلِكِ الْيَمِينِ، كَمَا (إِذَا مَاتَ سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ) أَوْ الْمُدَبِّرَةِ عَنْهَا، أَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ أَعْتَقَ مَوْطُوءَةً أُخْرَى، فَإِنَّهُ إِذَا مَاتَ عَنْ إِحْدَاهُمَا أَوْ أَعْتَقَ إِحْدَاهُمَا وَلَيْسَتْ مَرْجُوعَةً وَلَا مَعْتَدَةً (اِسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا) بِمَا تَقَدَّمَ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ (بِشَهْرِ كَالْأَمَةِ) أَي: إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الشُّهُورِ لِتَحْلٍ لْغَيْرِهِ، وَإِنْ وَقَعَ الْمَوْتُ أَوْ الْعِتْقُ بَعْدَ اِسْتِبْرَائِهَا فِي مَسْأَلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ بِخِلَافِ الْآخَرَيْنِ فَلَهُمَا التَّزْوُجُ بِغَيْرِهِ عَقِبَ الْمَوْتِ أَوْ الْعِتْقِ الْمَسْبُوقِ بِاِلْاِسْتِبْرَاءِ، بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ، وَالْفَرْقُ أَنَّهَا لِقُوَّةِ فِرَاشِهَا أَشْبَهَتْ الزَّوْجَةَ، فَلَمْ يُعْتَدَّ بِاِلْاِسْتِبْرَاءِ الْوَاقِعِ قَبْلَ زَوَالِ فِرَاشِهَا كَمَا لَا يُعْتَدُّ بِمُضِيِّ أَمْثَالِ قَدْرِ الْعِدَّةِ قَبْلَ زَوَالِ النِّكَاحِ بِخِلَافِهِمَا.

(وَلِهَذَا لَوْ أَتَتْ بَعْدَ اِسْتِبْرَائِهَا بِوَلَدٍ لَسَتْ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْهُ لِحَقِّ السَّيِّدِ^(٢)) بِخِلَافِهِمَا، فَخَرَجَ مَا لَوْ وَقَعَ الْعِتْقُ أَوْ الْمَوْتُ وَهِيَ مَرْجُوعَةٌ أَوْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ فَلَا اِسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا؛ أَي: بِالنُّسْبَةِ لِلتَّزْوِيجِ، بِخِلَافِهِ لِحُلِّ الْوَارِثِ فِي صُورَةِ الْمَوْتِ فِي غَيْرِ الْمُسْتَوْلَدَةِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، إِذْ لَيْسَتْ فِرَاشًا لَهُ بَلْ لِلزَّوْجِ، وَلَئِنْ اِلْاِسْتِبْرَاءَ لِحُلِّ اِلْاِسْتِمْتَاعِ وَهِيَ مَشْغُولَةٌ بِحَقِّ الزَّوْجِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَقَعَا فِي عِدَّةٍ شُبْهَةٍ فَعَلَيْهِمَا اِلْاِسْتِبْرَاءُ لضعْفِ عِدَّةِ الشُّبْهَةِ عَنْ دَفْعِ اِلْاِسْتِبْرَاءِ السَّيِّدِ هُوَ مُقْتَضَى الْمَوْتِ وَالْعِتْقِ، وَلَئِنْهَا لَمْ تَصِرْ بِذَلِكَ فِرَاشًا لْغَيْرِ السَّيِّدِ.

(١) قوت المحتاج ١ (٧/٣١٦)

(٢) ليس في (ع).

وما لو وقعا بعد انقضاء عِدَّةِ الزَّوْجِ ولو قبل مُضِيِّ لحظةٍ، أو أرادَ تزويجها حينئذٍ بدونِ إعتاقٍ، فيجبُ استبراءُ المُستولدةِ فقطَ لعودها فراشاً للسَّيِّدِ بفرقةِ الزَّوْجِ بخلافِ غيرها.

وما لو ماتَ عنِ المَوطوءَةِ الأُخْرَى، فيجبُ استبرأؤها لاستحداثِ ملكيها بالإرثِ كما عَلِمَ ممَّا تقدَّم، أمَّا حِلُّها له في صورةِ الإعتاقِ فلا يتوقَّفُ على استبراءٍ، ولو انقَضَتْ عِدَّةُ أمته من زوجٍ أي: أو شُبْهةٍ، كما هو ظاهرٌ، وأرادَ وطئها استبرأها، إلَّا أن تكونَ مستولدةً؛ لعودِ المُستولدةِ فراشاً، بخلافِ غيرها.

أو وطئها في عِدَّةٍ وفاةِ زوجها أو طلاقه ثُمَّ انقَضَتْ عِدَّتُها حَلَّتْ له إن كانت مستولدةً بخلافِ غيرها؛ لِمَا ذُكِرَ، ولا تحِلُّ لغيره حتَّى تحيضَ بعدَ حيضِ العِدَّةِ؛ لأنَّهما واجبانِ لشخصينِ فلا يتداخلانِ، ولا يحسَبُ زمانُ اقتراسِ السَّيِّدِ من العِدَّةِ، فلو ظهرَ بها حملٌ فإنَّ ولدته للإمكانِ من كلِّ منهما عُرِضَ على القائفِ، فإنَّ الحَقَّ بالزَّوْجِ انقَضَتْ عِدَّتُه بوضعه، ولا تتزوَّجُ حتَّى تحيضَ بعدَ نفاسِها، أو بالسَّيِّدِ حصلَ الاستبراءُ بوضعه ثُمَّ تنمَّ عِدَّةُ الزَّوْجِ، فإنَّ فَقْدَ القائفِ أو تحيُّرَ كانَ الحَقَّ بهما فعليهما بعدَ الوضعِ أكثرُ الأمرينِ من مدَّةِ الحيضةِ وإتمامِ بقيَّةِ العِدَّةِ، أو للإمكانِ من أحدهما فقطَ فلا يخفى حكمُه ممَّا ذُكِرَ.

ولو اشترى مزوجةً ثُمَّ وطئها ولو عالمًا بأنَّها مزوجةٌ كما بحثه شيخُ مشايخنا^(١) وهو ظاهرٌ، فظهرَ بها حملٌ وماتَ الزَّوْجُ أي: أو طلقها وولَدته للإمكانِ منهما أو من أحدهما، فحكمُه كما ذُكِرَ آنفًا وإن لم يظهرَ بها حملٌ، فإنَّ ماتَ الزَّوْجُ أي: مثلاً عقبَ الوطءِ وجَبَتْ العِدَّةُ لوفاةِ، ثُمَّ الاستبراءُ لحلِّها

لِلسَّيِّدِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ عَاشَ فَعَلَيْهِ اعْتِزَالُهَا حَتَّى تُسْتَبْرَأَ كَمَنْكُوحَةٍ وَطُتَتْ بِشَبْهَةِ لَمْ تَحِلَّ لِلْسَّيِّدِ وَغَيْرِهِ إِنْ فُورِقَتْ وَاعْتَدَّتْ وَإِنْ لَمْ تُسْتَبْرَأَ ثَانِيًا.

وَلَا يُنَافِيهِ مَا عَلِمَ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ الْعِدَّةِ وَالْمَوْجُودُ هُنَا قَبْلُهَا؛ لِأَنَّ مُحَلَّ ذَاكَ كَمَا قَالَ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(١) بِقَرِينَةٍ مَا هُنَا إِذَا لَمْ يَجِبِ اسْتِبْرَاءٌ آخَرُ، فَإِنْ وَجِبَ آخَرُ فَاتَتْ بِهِ الْأُمَةُ فِي مُحَلِّهِ وَدَخَلَ فِيهِ اسْتِبْرَاءُ الشَّرَاءِ لِأَنَّهُمَا لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ اسْتِبْرَائِهَا اعْتَدَّتْ لَوْفَاتِهِ ثُمَّ تَحَلَّى لِلْسَّيِّدِ وَغَيْرِهِ بِلَا اسْتِبْرَاءٍ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَزِلْهَا حَتَّى مَاتَ اعْتَدَّتْ لَوْفَاتِهِ، ثُمَّ لَا تَحِلُّ لِلْسَّيِّدِ وَغَيْرِهِ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بَعْدَ الْعِدَّةِ وَإِنْ حَاضَتْ فِيهَا لَعَدَمِ الْإِعْتِدَادِ بِالْحَيْضِ حِينَئِذٍ.



(فصل)

فيما يجب للمعتدة وعليها

(وَلِلْمُعْتَدَةِ الرَّجْعِيَّةِ) حُرَّةٌ كَانَتْ أَوْ أَمَةً، حَائِلًا كَانَتْ أَوْ حَامِلًا إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ (السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ) وَغَيْرُهُمَا مِنْ سَائِرِ الْمُؤْنِ إِلَّا مُؤْنَةُ التَّنْظِيفِ، نَعَمْ إِنْ تَأَذَّتْ بِالْهَوَاءِ لِلْوَسْخِ، فَبَحَثَ الزَّرْكَشِيُّ أَنَّهُ يَجِبُ لَهَا أَنْ تَرْفَعَ بِمَا يُزِيلُ ذَلِكَ مِنْ مَشْطٍ وَذَهْنٍ وَغَيْرِهِمَا أَخَذًا مِمَّا ذَكَرُوهُ فِي خَادِمِ الزَّوْجَةِ، وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا وَغَيْرُهَا مِمَّا ذَكَرَ إِلَّا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ ذَلِكَ فِي حَقِّ الزَّوْجَةِ^(١).

وَلَوْ ظَنَّهَا حَامِلًا فَبَانَتْ حَائِلًا فَلَهُ اسْتِرْدَادُ مَا أَنْفَقَهُ بَعْدَ الْعِدَّةِ، وَتُصَدَّقُ بِيَمِينِهَا فِي قَدْرِ مَدَّةِ الْأَقْرَاءِ إِنْ كَذَبَهَا، فَإِنْ جَهِلَتْ وَقَتَّ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ قُدِّرَتْ بِعَادَتِهَا، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ اعْتُبِرَتْ أَقْلُهَا، فَإِنْ نَسِيَتْ عَادَتَهَا فَالَّذِي نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ^(٢) عَنِ النَّصِّ وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْأَنْوَارِ»^(٣) وَرَجَّحَهُ الْيَمِينِيُّ أَنَّهَا تُقَدَّرُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ نَظَرًا لِغَالِبِ الْعَادَاتِ، وَاسْتَعْرَبَ الْأَذْرَعِيُّ النَّصَّ^(٤)، وَنَقَلَ عَنْ جَمْعٍ اعْتِبَارَ أَقْلٍ مَا يُمَكِّنُ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِهِ، فَيَرْجِعُ بِمَا زَادَ عَلَيْهِ.

وَلَوْ تَعَذَّرَ لِحَوْقِ الْوَلَدِ بِهِ اسْتَرَدَّ أَيْضًا وَسُئِلْتُ عَنْهُ، فَإِنْ ادَّعَتْ وَطءَ شَبْهَةٍ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ لِزِمَةِ نَفَقَةٍ مَا يَبْقَى مِنْهَا بَعْدَ الْوَضْعِ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ يَقْطَعُهَا، أَوْ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ رَدَّتِ الْمَأْخُودَ بَعْدَهَا لِاعْتِرَافِهَا بِانْقِضَائِهَا بِذَلِكَ.

وَلَوْ ادَّعَتْ طَلَاقًا بَانًا فَأَنْكَرَهُ وَحَلَفَ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، ذَكَرَهُ الرَّافِعِيُّ^(٥) فِي كِتَابِ

(١) زاد في (ج): «وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا وَغَيْرُهَا».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/٣٨)، و«روضة الطالبين» (٩/٦٥).

(٣) «الأنوار» (٣/٤٤).

(٤) ينظر. «أسنى المطالب» (٣/٤٣٦).

(٥) «الشرح الكبير» (٨/٣٦١).

القسم، ولو وضعت فقال: طَلَّقْتُكَ قَبْلَ الْوَضْعِ فلا نفقة عليَّ الآن، فقالت: بل بعده، وجبت النفقة والعدة؛ لأنَّ الأصل بقاء النكاح والنفقة، ولا رجعة له لزعمه بينوتتها، بخلاف ما لو قال بعد الوضْع: «فلي الرجعة» فقالت: «بل قبله» فلا نفقة لها كما هو مقتضى كلامهم؛ لإنكارها استحقاتها.

ولو وطئت بشبهة فظهر حملٌ يمكن أن يكونَ منهما وقلنا: النفقة للحامل لا للحمل لم تلزم النفقة واحدًا منهما، أمَّا الواطئ فظاهر، وأمَّا الزوج؛ فلاحتمال كونه من الواطئ فلا يكون في عدته، فإذا وضعت وأتمت الأقراء قال ابن الصَّبَّاح: فعلى الزوج نفقة أقصر المدتين من الحمل والأقراء^(١)، ولا يخفى الحكم إذا ثبت نسبه من الزوج بقائفي أو غيره.

(وَالْبَائِنِ) بخلع أو ثلاث أو غيرهما حيث تجب نفقتها لو لم تفارق (السُّكْنَى) إلى انقضاء العدة، بخلاف ما لو لم تجب نفقتها؛ كناشزة لم تطع ولو في العدة بأن خرجت من منزله، وصغيرة لا توطأ، وأمة لم تُسلم ليلاً ونهاراً، فلا سُكْنَى لها، كما لا سُكْنَى للمعتدة عن وطء شبهة ولو في نكاح فاسد، ولا لأم ولید عتقت بإعتاق السيد أو موته، وكذا معتدة عن فسخ برديتها أو بإسلامه، وتخلفها كما استئناها بعضهم من إطلاقهم المعتدة عن الفسخ نظرًا إلى أنه لا نفقة لها، والسُّكْنَى كالنفقة، نعم للزوج إسكان الأمة المذكورة حال فراغها من خدمة السيد لحفظ مائه.

وللواطئ بالشبهة إسكان الموطوءة لذلك، وهو شامل للمزوجة، وكذا حيث لا تجب السُّكْنَى للمعتدة، فللزوج أو وارثه إسكانها حفظًا لمائه؛ أي: أو تعبدًا، وسُكْنَى المعتدة من رأس المال، فإن لم تكن تركه سنَّ للوارث التبرُّع

(١) ينظر: «كفاية البية في شرح التنبيه» (١٥/٢١١).

بها من ماله، وللقاضى إسكانها من بيت المال، فإن أسكنها أحدهما فعليها الإجابة، وإلا سكنت حيث شاءت، نعم لو تبرّع أجنبي بسكنائها حيث لا رية، فقال المأوردي والرويانجى^(١): إنه كتبرّع الوارث. قال النووي^(٢): وفيه نظر.

ولو مضت مدة العدة أو بعضها ولم تطالب بالشكنى سقطت، بخلاف النفقة. (دون النفقة) والكسوة وغيرهما من المؤن، أو أراد بالنفقة ما عدا الشكنى بقرينة المقابلة، فلا تجب للبائن المذكورة (إلا أن تكون حاملاً) ولم تكن بينوتها بموت ولا بفسخ بسبب مقارن، فلها أيضاً النفقة وغيرها من المؤن، وإن مات الزوج قبل الوضع؛ لأن النفقة للحامل والبائن لا تتقبل لعدة الوفاة بخلاف الرجعية.

أما الحامل البائن بالموت أو بالفسخ بسبب مقارن للعقد؛ كعيب وغرور فلا مؤنة لها، وحيث وجبت لم تؤخر إلى الوضع، بل تسلم لها يوماً فيوماً، لكن بعد ثبوت ظهور الحمل ولو بأربع نسوة أو اعتراف الزوج به.

ولو ظنها حاملاً فأنفق عليها فبانت حائلاً رجع عليها، ولو نفاه باللعان سقطت النفقة دون الشكنى، فإن استلحقه فلها الرجوع عليه بأجرة الإرضاع ويسدل الإنفاق عليها قبل الوضع، وعلى ولدها ولو بعد الإرضاع؛ لأنها أدت ذلك على ظن وجوبه عليها، فترجع عند تبين خلافه كما لو أدى ديناً ظنه عليه.

ولا ينافي ذلك أن نفقة القريب لا تصير ديناً إلا بإذن القاضي؛ لأن الأب هنا تعدى بالنفي ولم يكن لها طلب في ظاهر الشرع، فلما أكذب نفسه رجعت عليه حيث شذ، وتصدق بيمينها ولو أمة في دعوى تأخير الوضع، نعم إن ادعت الإنفاق

(١) «بحر المذهب» (١١/٣١٩).

(٢) «روضة الطالبين» (٨/٤٢٤).

على ولديها لم ترجع إلا بعد ثبوت أنها أنفقت وأشهدت، أو أن الحاكم أذن لها في الإنفاق لترجع عليه.

وقياس النظائر عدم اعتبار إسهادها مع القدرة على استئذان الحاكم، قال الشيخان^(١): «ولو نكح نكاحاً فاسداً واستمتع بها وأنفق عليها ثم فرق بينهما لم يكن له الرجوع بما أنفق عليها وإن كانت حاملاً، ويُجعل ذلك في مقابلة استمتاعه بها، وقضيته أنه يسترد إذا لم يستمتع بها وكان قد تسلمها. قال الأذرعى: وليس مراداً. انتهى.

وكان وجه حبسها عنده حبس الزوجات، ولو أسقطت المعتدة السكنى لم تسقط؛ لأنه إسقاط لما لم يجب؛ لأنها إنما تجب^(٢) يوماً فيوماً.

(وعلى المتوفى عنها زوجها الإحداذ) بالحاء المهملة من أحد، ويقال: الإحداذ من حد وهو المنع، ويروى بالجيم من جدذت الشيء قطعته، وشملت العبارة غير المكلفة لصغير أو جنون، والذمية وإن كان الزوج ذمياً أيضاً، لكن قال الأذرعى^(٣): «ومحلّه في الذمّية إذا رضىوا بحكمنا، وإلا فلا نتعرض لها، ومثلها المعاهدة والمستأمنة.

والخطاب في غير المكلفة متعلق بوليها، فعليه منعها ممّا يمنع منه المكلفة. وخرج عنها: غير المتوفى عنها زوجها كالمفارقة رجعية كانت أو بائناً، فلا إحداذ عليها، لكن يستحب لها على ما نقله الشيخان^(٤) في الرجعية عن رواية

(١) «الشرح الكبير» (٤٦/١٠)، و«روضة الطالبين» (٧١/٩).

(٢) في (ع): «تحرر».

(٣) «قوت المحتاج» (٢٦٩/٧).

(٤) «الشرح الكبير» (٤٩٢/٩)، و«روضة الطالبين» (٤٠٥/٨).

أبي ثور عن الشافعي رحمته الله، ثم حكى عن بعض الأصحاب أن الأولى لها أن تترين بما يدعوك الزوج إلى رجعتها.

وكالمُتوفى غير زوجها فيحرم عليها أن تحدّ عليه فوق ثلاثة أيام.

قال الأذرعى^(١): والأشبه أن المراد بغير الزوج القريب كما أشار إليه القاضي، فلا يجوز للأجنبية الإحداد على أجنبي ولو بعض يوم، قال: وينبغي أن يكون السيّد كالقريب. انتهى.

وقضية التقييد بالمرأة امتناع إحداد الرجل على قريبه ثلاثة أيام، لكن قال الإمام: التحزن في المدة لا يختص بالنساء، ومنعه ابن الرّفعة بأنه شرع للنساء لنقص عقولهنّ المُقتضي عدم الصبر، مع أن الشرع أوجب على النساء الإحداد دون الرجال.

(وهو) أي: الإحداد لغة: المنع، وشرعاً: (الامتناع) إلى انقضاء العدة (من الزينة) بلبس مصبوغ لزينة ولو بالتغطّي به كالحاف، كما بحثه ابن الرّفعة، وقال شيخ مشايخنا: إنه الأوجه مطلقاً، وإن بحث الزركشي حله ليلاً، وإن خشن أو صبغ قبل نسجه كالأحمر والأصفر والأزرق والأخضر الصافيين، بخلاف غير اللبس كالفرش والستور وأثاث البيت ولو مصبوغة لزينة، وغير المصبوغ ولو نحو حرير، والمصبوغ لا للزينة كالمصبوغ لمصيبة أو احتمال وسخ كالأسود والأزرق والأخضر المشبّعين الكدرين، نعم لو كان في الأسود نقوش يزين بها، أو تمويج وتخطيط حرّم كالمصبوغ للزينة، قاله الماوردي^(٢).

(١) قوت المحتاج (٧/٢٨٤)

(٢) الحاوي الكبير (١١/٢٨١)

وقال الأذَرَعِيُّ^(١): الذي يَقْتَضِيهِ النَّظَرُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِغَيْرِ الْمَصْبُوغِ مِنَ الْإِبْرَيْسِمِ مَا تُسَجَّ عَلَى هَيْئَتِهِ مِنْ غَيْرِ إِحْدَاثِ تَحْسِينٍ فِيهِ أَصْلًا، فَالظَّاهِرُ مَذْهَبًا وَدَلِيلًا جَوَازُهُ، وَيَجُوزُ حَمْلُ ظَاهِرِ النَّصِّ وَكَلَامِ الْعِرَاقِيِّينَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ أَعَمٌّ مِنْ ذَلِكَ كَيْفَ صُنِعَ^(٢) فَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ الزَّيْنَةَ فِيمَا يُبَيِّضُ مِنْ أَيْضِهِ وَحُسْنَ مِنْ أَصْفَرِهِ وَأَحْمَرِهِ، وَصُقِّلَ بَعْدَ نَسِجِهِ ظَاهِرَةً، بَلْ هُوَ أَحْسَنُ وَأَزِينُ مِنْ كَثِيرٍ مِنَ الْمُصْبَغَاتِ.

وَيَبْعُدُ أَنْ يَحْرُمَ الْمَصْبُوغُ الْبَرَّاقُ مِنَ الْقُطَنِ وَالْكَتَّانِ وَإِنْ خُسْنٌ، وَلَا يَحْرُمُ الْأَصْفَرُ وَالْأَحْمَرُ الْخَلْقِيُّ مَعَ صِفَاتِهِمَا وَشَدَّةِ بَرِيقِهِمَا وَزِيَادَةِ الزَّيْنَةِ فِيهِمَا عَلَى الْمَصْبُوغِ مِنْ غَيْرِ الْحَرِيرِ، وَمَا أَحْسَنَ قَوْلَ الشَّيْخِ إِبْرَاهِيمَ الْمَرْوَزِيِّ فِي تَعْلِيلِهِ آخِرَ الْبَابِ: وَعَقْدُ الْبَابِ أَنَّ كُلَّ مَا فِيهِ زِينَةٌ تَشَوِّقُ الرِّجَالَ إِلَى نَفْسِهَا تُمْنَعُ مِنْهُ. **انتهى.**

وَأَمَّا طَرَاؤُ الثَّوْبِ فَإِنْ كَبُرَ حُرْمَ لَظْهَوْرِ الزَّيْنَةِ فِيهِ، وَإِنْ صَغُرَ فَثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ثَالِثُهَا وَبِهِ جَزَمَ فِي «الْأَنْوَارِ»^(٣): إِنْ تُسَجَّ مَعَ الثَّوْبِ جَازَ، وَإِنْ رُكِّبَ عَلَيْهِ حُرْمٌ؛ لِأَنَّهُ مُحَضُّ زِينَةٍ. قَالَ بَعْضُهُمْ: وَلَوْ كَانَ الثَّوْبُ مَصْبُوغَ الْحَاشِيَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى هَذَا. **انتهى.**

وَبِالتَّحْلِيِّ^(٤) بِحُلِيِّ ذَهَبٍ وَفُضَّةٍ وَلَوْ خَاتَمَ فُضَّةٍ، أَوْ بِحُلِيِّ نُحَاسٍ أَوْ رَصَاصٍ إِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ يَتَزَيَّنُونَ بِهِ، أَوْ أَشَبَّةِ الذَّهَبِ أَوْ الْفُضَّةِ بِحَيْثُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بَعْدَ

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٧٥).

(٢) فِي (ع): «صَنِيعٌ». وَفِي (هـ)، (ن): «صَنِيعٌ».

(٣) «الْأَنْوَارُ» (٣/ ٤٩ - ٥٠).

(٤) فِي هَامِش (ع) بِخَطِ الْإِمَامِ الْحَوْمَرِيِّ. «قَوْلُهُ: وَبِالتَّحْلِيِّ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ: يَلْبَسُ مَصْبُوغَ أَيٍّ: وَمِنْ الرِّينَةِ بِالتَّحْلِيِّ بِحُلِيِّ ذَهَبٍ - الْخ، وَهَكَذَا مَا بَعْدَهُ».

التَّامُّلِ أَوْ مَوَّةَ بَهِمَا، قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(١): أَوْ بَغِيرَهُمَا، أَي: مِمَّا يَحْرُمُ التَّزْيِينُ بِهِ، أَوْ بِحُلِيِّ حَبٍّ مَوْضُوعٍ لِلزَّيْنَةِ كَاللُّؤْلُؤِ وَالْعَقِيقِ، وَصَرَّحَ الصَّيْمَرِيُّ بِحُرْمَةِ لِبْسِ الدَّمَالِجِ^(٢)، وَهُوَ يَقْتَضِي حُرْمَةَ لِبْسِ الْحُلِيِّ تَحْتَ الثِّيَابِ.

وَبِالْاِكْتِحَالِ بِكُحْلِ زَيْنَةٍ كَالْإِثْمِيدِ وَالصَّبِيرِ إِلَّا لِحَاجَةٍ رَمِدَ أَوْ نَحْوَهُ فَتَكْتَحِلُ بِهِ لَيْلًا وَتَمْسَحُهُ نَهَارًا، فَإِنْ دَعَتْ ضَرُورَةٌ إِلَيْهِ نَهَارًا جَازَ، بِخِلَافِ مَا لَا زَيْنَةَ فِيهِ كَالْكُحْلِ الْأَبْيَضِ كَالثُّوتِيَاءِ.

وَبِخَضْبِ نَحْوِ الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ مِمَّا يَظْهَرُ مِنْ بَدَنِهَا أَي: عِنْدَ الْمَهْنَةِ كَمَا قَالَهُ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٣)، قَالَ: وَمِنْهُ شَعْرُ الرَّأْسِ وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا مَا يَكُونُ تَحْتَ الثِّيَابِ كَالرَّجْلَيْنِ بِنَحْوِ حُضَاءٍ أَوْ وَرْسٍ أَوْ زَعْفَرَانٍ أَوْ صَبْرٍ مِنْ كُلِّ مَا يَحْمُرُهُ أَوْ يَصْفُرُهُ أَوْ يَبْيِضُّهُ، بِخِلَافِ مَا لَا يَظْهَرُ، وَهُوَ مَا تَحْتَ الثِّيَابِ كَمَا نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ^(٤) عَنِ الرُّوْبَانِيِّ وَأَقْرَأَهُ، وَإِنْ صَرَّحَ ابْنُ يُونُسَ بِالتَّحْرِيمِ فِي جَمِيعِ الْبَدَنِ.

وَبِتَطْرِيفِ أَصَابِعِهَا، وَبِتَصْفِيفِ طَرْتِهَا وَتَجْعِيدِ شَعْرِ صَدْغِهَا وَتَسْوِيدِ الْحَاجِبِ وَتَصْفِيرِهِ، وَبِدَهْنِ شَعْرِ رَأْسِهَا وَلَحْيَتَيْهَا؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الزَّيْنَةِ، بِخِلَافِ سَائِرِ بَدَنِهَا.

(و) الْاِمْتِنَاعُ^(٥) مِنْ اسْتِعْمَالِ (الطَّيِّبِ) فِي الْبَدَنِ وَالْثَّوْبِ وَالطَّعَامِ وَالْكُحْلِ وَلَوْ جَائِزًا، فَيَحْرُمُ عَلَيْهَا مِنَ الطَّيِّبِ فِيمَا ذُكِرَ مَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُحْرَمِ اسْتِعْمَالُهُ مِنْهُ، نَعَمْ إِنْ احْتَاجَتْ إِلَيْهِ جَازَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْإِمَامُ، وَكَذَا لَوْ اسْتَعْمَلَتْ قَلِيلًا

(١) «قوت المحتاج» (٢٧٦/٧).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤٠٢/٣).

(٣) «أسنى المطالب» (٤٠٣/٣).

(٤) «الشرح الكبير» (٤٩٦/٩)، و«روضة الطالبين» (٤٠٧/٨).

(٥) في هامش (ع) بخط الإمام الحوهرى: «معطوف على قوله: الامتناع من الزينة».

مِنْ قَسَطٍ أَوْ أَظْفَارٍ عِنْدَ طَهْرِهَا مِنْ حَيْضٍ أَوْ نَفَاسٍ بَأَن حَمَلَتْ مِنْ زَنًا أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ، وَلَا فَرْقَ فِي حُرْمَةِ الطَّيِّبِ كَاللُّبْسِ بَيْنَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، بِخِلَافِ الْحُلِيِّ، فَلَهَا لُبْسُهُ لَيْلًا وَإِنْ كُرِّهَ بِلَا حَاجَةٍ، وَكَذَا نَهَا لِلضَّرُورَةِ كَتَعْيْنِهِ طَرِيقًا لِإِحْرَازِهِ كَمَا ذَكَرَهُ الْأَذْرَعِيُّ^(١).

(وَعَلَى) كُلِّ مَنْ (الْمُتَوَقَّي عَنْهَا زَوْجَهَا وَالْمَبْتُوتَةِ) بِالْمُثَنَّاَةِ أَي: الْمُبَانَةِ بِخُلْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ وَالْمَفْسُوخَةِ بِرَدَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا (مُلَازِمَةُ الْبَيْتِ) أَي: الْمَنْزَلِ الَّذِي فُورِقَتْ وَهِيَ فِيهِ أَوْ فِي طَرِيقِهِ بِقَصْدِ النُّقْلَةِ إِلَيْهِ، بَأَن وَقَعَ الْفِرَاقُ بَعْدَ خُرُوجِهَا بِإِذْنِ الزَّوْجِ مِنْ مَسْكِنِهَا إِلَى مَسْكَنِ آخَرَ وَلَوْ بِلَيْدٍ آخَرَ لِلنُّقْلَةِ بِشَرْطِ مُجَاوِزَةِ الْعُمُرَانِ؛ أَي: بِحَيْثُ يَجُوزُ التَّرَخُّصُ كَمَا بَحَثَهُ جَمَاعَةٌ، وَإِنْ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ لِنَقْلِ مَتَاعٍ وَنَحْوِهِ.

بِخِلَافِ مَا لَوْ وَقَعَ قَبْلَ خُرُوجِهَا إِلَى مَا ذُكِرَ فَعَلَيْهَا مِلَازِمَةٌ مَا هِيَ فِيهِ، وَكَذَا بَعْدَ خُرُوجِهَا إِلَيْهِ بِلَا إِذْنِ الزَّوْجِ فَعَلَيْهَا الْعَوْدُ إِلَى الْأَوَّلِ وَمِلَازِمَتُهُ، وَالْعَبْرَةُ بِنَقْلِ بَدَنِهَا دُونَ مَتَاعِهَا.

وَيَخِلَافُ مَا لَوْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ لِحَاجَةٍ لَهُ أَوْ لَهَا كَحِجٍّ وَتِجَارَةٍ، أَوْ لَا كَنَزْهَةٍ وَزِيَارَةٍ فَوَجَبَتْ الْعِدَّةُ فِي الطَّرِيقِ فَلَا يَجِبُ الْعَوْدُ، لَكِنَّهُ أَوَّلَى وَهِيَ مَعْتَدَّةٌ فِي سَيْرِهَا مَضَتْ أَوْ عَادَتْ، وَإِذَا مَضَتْ:

* فَإِنْ كَانَ لِحَاجَةٍ أَقَامَتْ إِلَى انْقِضَائِهَا وَإِنْ زَادَتْ إِقَامَتُهَا عَلَى مَدَّةِ الْمُسَافِرِينَ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهَا فِي مَدَّةٍ مَعِيْنَةٍ فَلَهَا اسْتِيفَاؤُهَا،

* أَوْ لَغَيْرِ حَاجَةٍ كَنَزْهَةٍ وَزِيَارَةٍ فَإِنْ قَدَّرَ لَهَا مَدَّةً مَعِيْنَةً اقْتَصَرَتْ عَلَيْهَا، وَإِنْ أَطْلَقَ أَقَامَتْ مَدَّةَ الْمُسَافِرِينَ وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ غَيْرَ يَوْمِي الدُّخُولِ وَالخُرُوجِ.

ولو سافرت مع الزوج لحاجته فطلقها أو مات لم تقم بمحل الفرية أكثر من مدّة المسافرين، أو لحاجتها فكما لو أذن لها وخرجت، ولو اقتصر على الإذن لها ولم يتعرّض لحاجة أو نزهة أو إقامة أو رجوع حُمِلَ على سفر النقلة.

وشرط لزوم العود في سائر الصور: أمن الطريق، ووجدان الرققة.

ولو تنازعا فادّعت الانتقال بإذنه وأنكر الإذن هو أو وارثه، فالقول قوله يمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن، أو ادّعت أنه أذن في النقلة وادّعى أنه إنما أذن لغيرها، فإن كان النزاع معه فهو المصدّق أيضا؛ لأن الأصل عدم الإذن للنقلة، أو مع الوارث فهي المصدّقة؛ لأنها أعرفت بما جرى منه.

وشمل البيت بيت البدوية من نحو شعر، فعليها ملازمته إلى انقضاء العدة، وفي معناه السفينة لزوج الملاح إذا أسكنها إياها، فيجب اعتدادها فيها إن انفردت عنه بمسكن مع مرافقة فيها، وإلا فإن صحبها محرّم يملكه تسيير السفينة وجب خروج الزوج منها واعتدادها فيها، وإلا خرجت إلى أقرب البلاد إلى الشط واعتدت فيه، فإن تعدّد خروج كلّ منهما تسترّت وتنحّت عنه بقدر الإمكان.

وكالمُتوفى عنها والمبتوتة: الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد، فيلزمها ملازمة البيت إذا أسكنها فيه، وإن لم يلزمه الإسكان كما تقدّم.

وخرج بهما الرجعية؛ فليس عليها ملازمة البيت المذكور، بل للزوج أن يسكنها حيث شاء، على ما قاله جَمْعُ مِنَ العِراقِيِّينَ وجزم به النووي في «نكته»؛ لأنها في حكم الزوجة، لكن الذي في «النهاية» ونص عليه في «الأم» كما قاله ابن الرُّفعة وغيره: أنهما كهما، قال الشُّبْكِيُّ: وهو أولى؛ لإطلاق الآية. وقال الأذَرَعِيُّ^(١):

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٩١).

إِنَّهُ الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ، وَالزَّرَكَشِيُّ: إِنَّهُ الصَّوَابُ^(١).

وحيث وجبت ملازمة البيت فليس لها مفارقتها (إلا لحاجة) كسراء طعام وقطن وبيع غزل، فلها الخروج لذلك نهاراً لا ليلاً، إلا إذا لم تتمكن منه نهاراً، نعم إن وجدت من يقوم بحاجتها امتنع عليها الخروج، وكذا لو وجبت نفقتها كالرجعية والحامل البائن بغير الموت والفسخ على ما تقدم، ولم يأذن لها صاحب العدة في الخروج، إذ عليه القيام بكفايتهما، نعم للثانية الخروج لغير تحصيل النفقة؛ كسراء قطن وبيع غزل، وكذا لو أعطيت النفقة دراهم واحتاجت إلى الخروج لنحو شراء القوت والأدم، ذكر ذلك الشبكي وغيره، وقضيته امتناع خروج الرجعية لذلك، ووجهه أنها في حكم الزوجة، لكن صرح بعض المتأخرين بخلافه، وكالخروج ليلاً إلى الجيران لنحو غزل وتحديث بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها، ومحله كما بحثه الأذرعى^(٢) إذا أمنت الخروج ولم يكن عندها من يؤنسها.

وكخوفها على محترم من نفس أو عضو أو دين أو بضع أو مال ولو لغيرها كوديعة، وكالخروج لحداً ويمين إن كانت برزّة، ولأحضر إليها الحاكم أو نائبه، ولو زنت وهي بكر غربت في الحال.

وكون البيت غير لائق بها إما لخسسته وقد امتنعت من الإقامة به، وإما لنفاسيته ولم يرخص الزوج أو وارثه بإقامتها به، فلها في الأولى طلب النقلة إلى لائق بها؛ لأنها قد تسمع بالسكنى فيه لدوام الصحبة وقد زالت، وللزوج أو وارثه في الثانية نقلها إلى اللائق بها إن وجدته مع مراعاة تقديم الأقرب إلى المنقول عنه بحسب الإمكان.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/٤٠٤).

(٢) «قوت المحتاج» (٧/٢٩٣).

ولو كان البيت ضيقاً لا يزيد على سكني مثلهما وجب على الزوج ولو أغمى الانتقال منه لحُرمة اجتماعهما والخلوة بها، وإن كان واسعاً جاز أن يسكن كل منهما في حجرة منه إن انفردت حجرة كل منهما عن الأخرى بمرافقها من نحو مطبخ ومُستراح وبئر وممر للشارع ومصعد للمسطح، أو غلق ما بينهما من باب ولم يكن ممر إحداهما على الأخرى، أو كان معها محرم لها ذكرًا كان أو أنثى، وفي معناه الممسوح الثقة كما قاله شيخ مشايخنا^(١)، أو محرم له أنثى أو امرأة ثقة يحتمسها لحياء أو خوف أجنبية كانت أو لا، كزوجة أخرى أو أمة له وإن اتحدت المرافق.

ويُشترط تمييز المحرم وبلوغه على ما نقله الشَّيْخَانِ^(٢) عن النص لکنهما نقلًا عن الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ الْاِكْتِفَاءَ بِالْمُراهِقِ، وقضية كلاهما في «المُحرَّر» و«المنهاج»^(٣) الاكتفاء بالمُمَيَّز، وبه صرح النَّوَوِيُّ في «فتاويه»^(٤) فقال: وَيُشترط أن يكون بالغًا عاقلًا أو مراهقًا أو مُمَيَّزًا يُستَحْيَى منه.

قال الرَّزْكَانِيُّ: ولا بد أن يكون بصيرًا، فلا يكفي الأعمى كما لا يكفي في السفر بالمرأة إذا كان محرمًا لها^(٥)، ولو لم تتعدَّ حُجْرُ البيت لم يساكنها فيه، وإن كان معها محرم؛ لأنها لا تتميز من السَّكَنِ^(٦) بموضع.

وجميع ما ذكر بجري في الأجنيين فيحرَّم تساكُنهما في دارٍ واحدةٍ إلا إذا انفرد كل منهما بحجرة منها مع تعدد المرافق أو مع وجود محرم أو نحوه على ما تقرَّر.

(١) «أُسى المطالب» (٤٠٧/٣).

(٢) «الشرح الكبير» (٥١٣/٩)، و«روضة الطالبين» (٤١٨/٨).

(٣) «منهاج الطالبين» (ص ٢٥٧). (٤) «فتاوى النووي» (ص ٢٠٩).

(٥) ينظر: «أُسى المطالب» (٤٠٧/٣). (٦) في (ش): «المسكن».

وتجوزُ خلوةُ الأجنبيِّ بالأجنبيَّةِ مع المحرمِ أو المرأةِ المذكورينِ بشرطِ كونِ المخلوِّ بها في الثانيةِ ثقةً أيضًا، فعُلِمَ جوازُ خلوةِ الرَّجلِ بالأجنبيَّتينِ الشَّتَيْنِ وعدمُ جوازِ خلوةِ رجلينِ بأجنبيَّةٍ وإن بُعدَ تواطؤهما على الفاحشةِ، وهو ما في «شرحِ المهذب»^(١)؛ لأنَّ المرأةَ تستحي من المرأةِ فوقَ ما يستحي الرَّجلُ من الرَّجلِ، لكنَّه خالفه في «شرحِ مسلمٍ» حيثُ أوَّلَ الحديثَ الدَّالَّ على الجوازِ على جماعةٍ يبعدُ تواطؤهم على الفاحشةِ لصلاحِ أو مروءةٍ أو غيرِهما، وقد حَكَى ذلكَ وجهاً في «شرحِ المهذب»^(٢)، وظاهرُ أنَّه لو كثرَ الرَّجالُ بحيثُ انتفى اسمُ الخلوةِ كان الاجتماعُ جائزًا.

وقد تجوزُ الخلوةُ للضرورةِ، كأن وجدَ أجنبيَّةً منقطعةً بنحوِ بريةٍ، فيجوزُ استصحابُها معه، بل يجبُ إذا خافَ عليها. وتحرمُ الخلوةُ بالأمرِدِ الحسنِ.

وقد ظهرَ ممَّا تقرَّرَ تباینُ مسألتَي المُساكنةِ والخلوةِ، فإنَّه عُلِمَ جوازُ خلوةِ الرَّجلِ بالأجنبيَّةِ مع المحرمِ، وامتناعُ مُساكنتِهِ إياها معه إلَّا عندَ تعدُّدِ الحجرِ على التَّفصيلِ المذكورِ، والفرقُ واضحٌ فليتأمَّل.



(١) «المجموع شرح المهذب» (٢٧٨/٤).

(٢) «المجموع شرح المهذب» (٢٧٩/٤).

(فصل) في الرضاع

بفتح الراء وكسرها.

وهو لغة: مص الثدي وشرب لبنه، وشرعاً: حصول لبن امرأة أو ما حصل في معدة طفل أو دماغه على وجه يأتي.

(وَإِذَا أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ) الأدمية الحية حياة مستقرة التي بلغت سن الحيض ولو بكراً حلية لم تلد ولم يحكم ببلوغها، فخرج الرجل والخنى إذ لم يخلق لهنهما لغذاء الولد، فأشبهه سائر المائعات، والبهيمة حتى لو شرب من لبنها ذكر وأنثى لم يثبت بينهما محرمة؛ لأنه لا يصلح لغذاء الولد صلاحية لبن الأدميات.

وكذا الجنية على ما رجحه جمع متأخرون منهم شيخ مشايخنا^(١)؛ لأن الرضاع تلو النسب، والله قطع النسب بين الجن والإنس، قاله الزركشي، وقضيته أنه مبني على حرمة تناكحهما، أمّا على حله فيحرم.

والميتة والتي صارت إلى حركة مذبح؛ لأنها جنة منفكة عن الحل والحرمة كالبهيمة، والتي لم تبلغ سن الحيض؛ لأنها لا تحتمل الولادة، واللبن المحرم فرعها، بخلاف ما إذا بلغت وإن لم يحكم ببلوغها لقيام احتمال البلوغ، والرضاع تلو النسب فاكثري فيه بالاحتمال، نعم يكره للرجل نكاح من ارتضعت بلبنه كما نقله الشيخان^(٢) عن النص، ومثله الخنى بأن بانث ذكوره؛ إذ ما دام إشكاله لا يصح نكاحه، ولو بانث أنوثته ثبت التحريم.

(١) «أسنى المطالب» (٣/٤١٦)

(٢) «الشرح الكبير» (٩/٥٥٤)، و«روضة الطالبين» (٩/٤).

(بَلَيْتَهَا) بِأَيِّ لَوْنٍ كَانَ:

* بَأَنَّ كَانَ فِيهِ خَاصِيَّةُ اللَّبَنِ وَإِنْ خَلَطَتْهُ بِمَائِعٍ غَلَبَهُ اللَّبَنُ بِأَنَّ ظَهَرَ طَعْمُهُ أَوْ لَوْنُهُ أَوْ رِيحُهُ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَغْلِبْهُ بِحَيْثُ زَالَتْ أَوْ صَافُهُ إِنْ كَانَ اللَّبَنُ قَدْرًا لَوْ انْفَرَدَ أَمَكَّنَ أَنْ يُسْقَى فِي خَمْسِ دَفْعَاتٍ؛ أَيْ: وَقَدْ انْفَصَلَ مِنْهَا فِي خَمْسِ مَرَّاتٍ كَمَا هُوَ الْقِيَاسُ.

وظَاهِرُ إِطْلَاقِهِمْ لَا يَقَالُ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى الْإِشْتِرَاطِ الْمَذْكُورِ؛ إِذْ مِنْ لَازِمِ انْفِصَالِهِ فِي خَمْسِ مَرَّاتٍ إِمَّا كَانَ سَقِيَهُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: بَلْ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلْإِحْتِرَازِ عَمَّا لَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ بِحَيْثُ لَمْ يَبْقَ مِنْهُ إِلَّا مَا لَا يُمَكِّنُ وَصُولَهُ وَخَذَهُ، لَكِنْ يُمَكِّنُ وَصُولُ مُجْمُوعِ الْبَاقِي مِنَ الْمَرَّاتِ، وَبِذَلِكَ يُعْلَمُ انْدِفَاعُ مَا وَقَعَ لِبَعْضِهِمْ هُنَا.

* وَأَرْضَعَتْهُ^(١) جَمِيعَهُ وَكَذَا بَعْضَهُ مَعَ تَحَقُّقِ وَصُولِ شَيْءٍ مِنَ اللَّبَنِ؛ أَيْ: فِي كُلِّ مَرَّةٍ مِنَ الْخَمْسِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ إِلَى الْجَوَفِ، بِأَنَّ تَحَقُّقَ انْتِشَارِهِ فِي جَمِيعِ أَجْزَاءِ الْخَلِيطِ لِكَثْرَتِهِ، أَوْ كَانَ الْبَاقِي أَيْ: فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَقَلُّ مِنَ اللَّبَنِ أَيْ: الْمَوْجُودِ قَبْلَهَا، وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بِمَا ذُكِّرَ؛ لِأَنَّ تَحَقُّقَ وَصُولِ اللَّبَنِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ إِلَى الْجَوَفِ مِمَّا لَا يَدُّ مِنْهُ.

وَهَلْ يُؤَثِّرُ لَبَنُهَا الْخَارِجُ مِنْ غَيْرِ ثَدْيِهَا الْأَصْلِيِّ كَثْدِي زَائِدٍ أَوْ مُنْفَتِحٍ أَوْ مُطْلَقًا أَوْ عَلَى نَحْوِ تَفْصِيلِ الْغُسْلِ بِخُرُوجِ الْمَنِيِّ مِنْ غَيْرِ طَرِيقِهِ الْمُعْتَادِ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَلَعَلَّ الْقِيَاسَ الثَّانِي.

(١) فِي هَامِشٍ (ع) يَحِطُ الْإِمَامُ الْحَوْهَرِيُّ. «فِيهِ فِي الْغَايَةِ أَغْنَى قَوْلُهُ: خَلَطَتْهُ، كَمَا يَتَّخِذُ مِمَّا بَعْدَهُ، وَيَصِحُّ عَطْفُهُ عَلَى قَوْلِهِ: وَقَدْ انْفَصَلَ، وَيَصِحُّ عَطْفُهُ عَلَى قَوْلِهِ: بَأَنَّ كَانَ فِيهِ.. إلخ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ».

(وَلَدًا) حَيًّا حَيَاةً مُسْتَقَرَّةً، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، بِخِلَافِ الْمَيِّتِ وَمَنْ فِي حُكْمِهِ، فَلَا أَثَرَ لِلرَّضَاعِ (صَارَ) ذَلِكَ الْوَلَدُ (الرَّضِيعُ وَلَدَهَا) فَتَبَيَّنَ بَيْنَهُمَا الْمَحْرَمَةُ الْمُفِيدَةُ لِحُرْمَةِ الْمُتَنَاقُحَةِ الْآتِيَةِ، وَلِجَوَازِ النَّظَرِ وَالْخُلُوعِ وَعَدَمِ نَقْضِ الطَّهَارَةِ بِاللَّمْسِ، دُونَ بَقِيَّةِ أَحْكَامِ وَلَدِ النَّسَبِ؛ كَالْمِيرَاثِ وَالتَّفَقُّعِ وَالْعَتَقِ بِالْمَلِكِ وَشُقُوطِ الْقِصَاصِ وَرَدُّ الشَّهَادَةِ.

وإنما بصيرُ ولدها (بِشَرْطَيْنِ):

(أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ لَهُ) عِنْدَ حُصُولِ اللَّبَنِ فِي مَعِدَتِهِ أَوْ دِمَاغِهِ فِي الرِّضَاعَاتِ الْخَمْسِ الْآتِيَةِ (دُونَ السَّتَيْنِ) مِنْ تَمَامِ انْفِصَالِهِ يَقِينًا؛ لَخَبَرِ التِّرْمِذِيِّ^(١) وَحَسَنَهُ: «لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءَ، وَكَانَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ»، وَمَا وَرَدَ مِمَّا يَخَالِفُهُ فِي قِصَّةِ سَالِمٍ مَخْصُوصٍ بِهِ كَمَا فِيهِمَهُ أَزْوَاجُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَا عَدَا عَائِشَةَ، وَمَالَ ابْنِ الْمُنْذِرِ إِلَى أَنَّهُ مَنْسُوخٌ.

فَلَوْ شَكَّ فِي أَنَّ لَهُ عِنْدَ وَاحِدَةٍ مِنَ الْخَمْسِ دُونَ السَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يُؤْثَرُ أَوْ أَرْضَعَتْهُ قَبْلَ تَمَامِ انْفِصَالِهِ فَوْجَهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُؤْثَرُ، وَرَجَّحَهُ جَمْعٌ مُتَأَخِّرُونَ مِنْهُمْ الْبُلْقِينِيُّ وَالْأَذْرَعِيُّ وَالزُّرْكَشِيُّ.

وَالثَّانِي: لَا يُؤْثَرُ، وَرَجَّحَهُ شَيْخُ مَشَايِخِنَا^(٢) وَغَيْرُهُ، وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِأَكْثَرِ النَّظَائِرِ.

وَأَفْهَمَ قَوْلُهُ: «دُونَ السَّتَيْنِ» أَنَّهُ لَوْ تَمَّ السَّتَانِ فِي أَثْنَاءِ الرِّضَاعَةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ وَصُولِ شَيْءٍ مِنَ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ لَمْ يُؤْثَرُ، وَهُوَ مَا نَقَلَهُ جَمَاعَةٌ عَنْ ظَاهِرِ نَصِّ «الْأَمِّ» وَغَيْرِهِ، لَكِنِ الْأَصَحُّ عِنْدَ الشَّيْخَيْنِ خِلَافُهُ.

(١) «جامع الترمذي» (١١٥٢) مِنْ حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٤١٦/٣)

وَتُعْتَبَرُ السَّتَانِ بِالْأَهْلَةِ، فَإِنْ انْكَسَرَ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ كُمِّلَ بِالْعَدَدِ مِنَ الْخَامِسِ وَالْعَشْرِينَ، وَهَلِ الْعَبْرَةُ فِي الْانْكَسَارِ بِمُجَرَّدِ التَّقَامِ الثَّدِيِّ وَبِمَصَّهِ مَثَلًا أَوْ بِوَصُولِ شَيْءٍ مِنَ اللَّبَنِ إِلَى الْمَعِدَةِ أَوْ الدِّمَاغِ حَتَّى لَوْ وَقَعَ الْاِلْتِقَامُ وَالْمَصُّ مَعَ ابْتِدَاءِ الشَّهْرِ لَكِنْ لَمْ يَصِلْ اللَّبَنُ إِلَى مَا ذُكِرَ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ جُزْءٍ مِنْهُ حَصَلَ الْانْكَسَارُ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُرَادَ الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْوُصُولَ هُوَ الْمُؤَثِّرُ إِلَى مَا ذُكِرَ لَا غَيْرَ.

(وَالثَّانِي: أَنَّ تَرْضِعَةَ خَمْسِ رَضَعَاتٍ) يَقِينًا، فَلَوْ أَرْضَعْتَهُ أَقَلَّ مِنَ الْخَمْسِ، أَوْ شُكَّ فِي أَنَّهَا أَرْضَعْتَهُ خَمْسًا أَوْ أَقَلَّ لَمْ يُؤْثَرْ، أَمَّا الثَّانِي فَلِلشُّكِّ فِي سَبَبِ التَّحْرِيمِ، وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَلِمَا رَوَى مُسْلِمٌ^(١) عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «كَانَ فِيْمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِي الْقُرْآنِ: عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ، فَنَسِخَنَ بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ، فَتَوَفَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهْنٌ أَيْ: الْعَشْرُ فِيْمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ». أَيْ: يُتْلَى حُكْمُهُنَّ وَهُوَ التَّحْرِيمُ الَّذِي صَارَ مُتَعَلِّقًا بِالْخَمْسِ، أَوْ يَقْرَأُ هُنَّ مَنْ لَمْ يَبْلُغْهُ النَّسَخُ؛ لِقَرْبِهِ.

وَلَا يَرِيدُ أَنَّ هَذَا الْخَبَرَ آحَادٌ فَلَا تُثَبِّتُ بِهِ الْقَرَأْنِيَّةُ الَّتِي لَا تُثَبِّتُ بِالْآحَادِ؛ لِأَنَّ الْاِحْتِجَاجَ بِهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى ثُبُوتِ خُصُوصِ الْقَرَأْنِيَّةِ بَلْ يَثْبُتُ بِالْآحَادِ وَإِنْ لَمْ يُثَبِّتْ خُصُوصَ الْقَرَأْنِيَّةِ الَّتِي وَرَدَ بِهَا لثُبُوتِ الْعُمُومِ بِهِ الْكَافِي فِي ثُبُوتِ الْحُكْمِ.

وَقَدْ دَمَ مَفْهُومُ هَذَا الْخَبَرِ عَلَى مَفْهُومِ خَبَرِ مُسْلِمٍ^(٢) أَيْضًا: «لَا تُحَرِّمُ الرِّضْعَةُ وَلَا الرِّضْعَتَانِ» لَا عِضَادَهُ بِالْأَصْلِ، وَهُوَ عَدَمُ التَّحْرِيمِ، وَلَوْ حَكَمَ بِتَأْثِيرِ مَا دُونَ الْخَمْسِ حَاكِمٌ يَرَاهُ لَمْ يُنْقَضْ حُكْمُهُ.

(مُتَّفَرِّقَاتٍ) عُرْفًا، فَلَوْ قَطَعَ الرِّضِيعُ إِعْرَاضًا، أَوْ قَطَعْتَهُ عَلَيْهِ الرِّضْعَةُ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ فِيْهِمَا تَعَدَّدَ، أَوْ لَنَحْوِ نَوْمٍ أَوْ لَهْوٍ ثُمَّ عَادَ فَوْرًا أَيْ: وَالثَّدِي فِيْهِ، كَمَا فِي

(١) صحيح مسلم (١٤٥٢).

(٢) صحيح مسلم (١٤٥١).

«الأم»^(١)، أو المُرْصَعَةُ؛ لشغلٍ خفيفٍ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ، أو تَحَوَّلَ، أو حَوَّلَتْهُ مِنْ ثَدِيٍّ إِلَى آخَرَ لَمْ يَتَعَدَّدْ.

ويجري ذلكَ فيمن حَلَفَ لَا يَأْكُلُ فِي الْيَوْمِ إِلَّا مَرَّةً فَيُتَعَبَّرُ فِي التَّعَدُّدِ الْعُرْفُ، فَلَوْ أَكَلَ لُقْمَةً ثُمَّ أَعْرَضَ وَاشْتَغَلَ بِشُغْلٍ طَوِيلٍ ثُمَّ عَادَ وَأَكَلَ حِنْثٌ، وَلَوْ أَطَالَ الْأَكْلَ عَلَى الْمَائِدَةِ وَكَانَ يَتَقَبَّلُ مِنْ لَوْنٍ إِلَى لَوْنٍ وَيَتَحَدَّثُ فِي خِلَالِ الْأَكْلِ وَيَقُومُ وَيَأْتِي بِالْخَبِزِ عِنْدَ نَفَاذِهِ لَمْ يَحِنْثْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ يُعَدُّ فِي الْعُرْفِ أَكْلَةً وَاحِدَةً.

ثُمَّ تَعْيِيرُهُ بِالْإِرْضَاعِ جَرَى عَلَى الْغَالِبِ، وَالضَّابِطُ وَصُولُ لَبَنِ الْمَرْأَةِ الْمَذْكُورَةِ بَعْدَ انْفِصَالِهِ مِنْهَا فِي حَيَاتِهَا فِي خَمْسِ دَفْعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ يَقِينًا فِي الْجَمِيعِ، سِوَاءٍ بَقِيَ بِحَالِهِ أَوْ لَا، كَأَن صَارَ جُبْنًا أَوْ زُبْدًا، أَوْ عُجْنًا بِهِ دَقِيقٌ أَوْ خَبِزٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا، أَوْ النَّارُ قَوِيَّةٌ بِحَيْثُ يُعْلَمُ إِتْيَانُهَا عَلَيْهِ بِحَيْثُ لَا يَبْقَى لَهُ عَيْنٌ عَلَى مَا قَالَهُ الصَّيْمَرِيُّ، أَوْ خُلِطَ بِمَانِعٍ آخَرَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ إِلَى مِعْدَةِ وَلَدٍ حَيٍّ لَمْ يَجَاوِزْ سِتْنَيْنِ، أَوْ إِلَى دِمَاغِهِ فِي خَمْسِ دَفْعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ عُرْفًا، وَلَوْ بَعْدَ مَوْتِ الْمَرْأَةِ الْمَذْكُورَةِ مِنْ مَنْفَذٍ مُفْتَوِّحٍ إِلَيْهَا غَيْرِ الْفَرْجِ، وَلَوْ جَرَا حَةً وَاصِلَةً إِلَيْهَا.

وإن تَقَبَّأَهُ فِي الْحَالِ بِمَصٍّ أَوْ إِيْجَارٍ أَوْ إِسْعَاطٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ؛ لَوْصُولُهُ إِلَى مَحَلِّ التَّغْذِي، فَلَا أَثَرَ لِنَقْطَتِيهِ فِي أُذُنٍ أَوْ إِحْلِيلٍ؛ إِذْ لَا مَنْفَذَ لَهُمَا إِلَى مَا ذُكِرَ، وَلَا لِحَصُولِهِ فِيهِ بِوَاسِطَةِ الْمَسَامِ بِنَحْوِ صَبِّهِ فِي الْعَيْنِ، وَلَا بِوَاسِطَةِ نَقْطَتِيهِ فِي الدُّبُرِ لِعَدَمِ التَّغْذِي بِالنَّقْطِيهِ فِيهِ.

وَمِنْ هُنَا يَظْهَرُ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لَوْصُولِهِ لِمَا عَدَا الْمِعْدَةَ وَالْدِّمَاغَ، وَإِنْ كَانَ فِي حَدِّ الْبَاطِنِ الْمُفْطَرِّ لِلصَّائِمِ.

(وَيَصِيرُ) بالشَّرْطَيْنِ المذكورينِ (رَوْجُهَا) أي: زَوْجُ الْمَرْأَةِ المذكورةِ إِنْ كَانَ صَاحِبَ اللَّبَنِ بَأَنَ وَلَدَتْ وَلَدًا يَلْحَقُهُ مَا لَمْ يَكُنْ^(١) مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنْ حَمَلَتْ مِنْ ذَلِكَ الْغَيْرِ أَوْ زَادَ اللَّبْنُ عِنْدَ ظَهْوَرِ الْحَمْلِ، أَوْ انْقَطَعَ اللَّبْنُ ثُمَّ عَادَ، فَعُلِمَ أَنَّ اللَّبْنَ لَا يَكُونُ لِلزَّوْجِ قَبْلَ وَلَادَةِ مَنْ يَلْحَقُهُ وَلَوْ بَعْدَ حَمْلِهِ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا حِينَنِيذٍ، وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا يُصْرِّحُ بِهِ مَا فِي «الرَّوْضَةِ»^(٢) وَ«أَصْلِيهَا»^(٣) عَنِ الْمُتَوَلَّى فِيمَا لَوْ نَكَحَتْ امْرَأَةً لَا لَبَنَ لَهَا فَحَبِلَتْ، وَنَزَلَ لَهَا لَبَنٌ مِمَّا حَاصِلُهُ عَدَمُ ثُبُوتِ الْحُرْمَةِ بَيْنَ الزَّوْجِ وَمَنْ ارْتَضَعَ مِنْهَا قَبْلَ الْوِلَادَةِ، وَأَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ نَسَبُهُ عَنْهُ بِانْقِطَاعِهِ أَوْ بِالْحَمْلِ مِنْ غَيْرِهِ بَلْ بِالْوِلَادَةِ مِنَ الْغَيْرِ.

(أَبَاهُ) أي: لِذَلِكَ الْوَلَدِ الَّذِي أَرْضَعْتَهُ وَإِنْ كَانَ مَاتَ أَوْ فَارَقَهَا فَيُثْبِتُ التَّحْرِيمُ بَيْنَ الرَّضِيعِ وَكُلِّ مِنَ الزَّوْجِ الْمَذْكُورِ وَأَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ وَحَوَاشِيهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ اللَّبَنِ، بَأَنَ نَقَى الْوَلَدَ الَّذِي دَرَّ عَلَيْهِ اللَّبَنُ بِلْعَانٍ، فَلَا يَصِيرُ أَبَاهُ، وَلَا تَحْرِيمَ بَيْنَهُمَا.

وَكَالزَّوْجِ فِيمَا ذَكَرْتُهُ الْوَاطِئُ بِمَلِكٍ أَوْ شُبْهَةٍ، وَإِنْ افْتَرَقَا فِي أَنَّهُ يَكْفِي فِي اللَّحُوقِ بِهِ بِالْوَطْءِ مُجَرَّدُ إِمْكَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ بِاعْتِرَافِهِ أَوْ غَيْرِهِ بِخِلَافِ الْوَاطِئِ بِمَا ذُكِرَ، أَمَّا اللَّحُوقُ بِاسْتِدْخَالِ الْمَاءِ فَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ الْإِمْكَانِ فِي الْجَمِيعِ، بِخِلَافِ الْوَاطِئِ بَرْنًا، فَلَهُ نِكَاحٌ صَغِيرَةٌ ارْتَضَعَتْ بِلَبَنِ مَنْ وَلَدَتْ مَنْ خُلِقَتْ^(٤) مِنْ مَاءِ زَنَاهُ وَإِنْ كُرِيَ كَالْمَنْفِيِّ بِلْعَانٍ وَلَوْ حَبِلَتْ مُرْضِعٌ مُرْوَجَةٌ مِنْ زَنَاهُ، فَالْلَّبْنُ قَبْلَ الْوَضْعِ لِلزَّوْجِ وَبَعْدَهُ لِلزَّانَا.

(٢) «روضة الطالين» (١٩/٩).

(١) فِي (ع): «تَلَدَ».

(٤) فِي (ح): «خُلِقَ».

(٣) «الشرح الكبير» (٥٨٢/٩).

وقد ثبتت الأمومة دون الأبوة؛ كأن در لبكر أو ثيب لا زوج لها، أو لها زوج لم تلد منه لبن فأرضعت منه ولدا قبل ولادتها، فتصير أمه ولا أب له.

وقد ثبتت الأبوة دون الأمومة؛ كأن كان لرجل خمس مستولدات أو أربع نسوة وأم ولد، فرضع طفل من كل رضة، صار أباه ولا أم له.

واعترضه في «المهمات» بأنه مناقض لقولهم: لو شرب من بهيمة صغير إن لم يثبت بينهما أخوة؛ لأن الأخوة فرع الأمومة، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع. ورد بأنه لا تناقض؛ لأن الأبوة أصل كالأمومة، بخلاف الأخوة فإنها فرع بكل حال.

وما نقله الشيخان^(١) عن ابن القاص فيما لو كان تحتة صغيرة فرضعت رضة من كل من موطوءاته الخمس، وكان اللبن لغيره «من أنها تحرّم عليه؛ لكونها ربيته» مبني على قوله بثبوت الأمومة حينئذ، وهو خلاف ما عليه الجمهور.

(وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُرْضِعِ) بفتح الضاد أي: الرضيع (التزويج إليها) أي: إلى المرصعة (وإلى كل من ناسبتها) من أصولها وفروعها وحواشيها، بواسطة أو غيرها من النسب؛ لأنها أمه، وأمهاؤها وآباؤها وإن علوا أمهاتها وآباؤها، وأولادها وإن سفلوا إخوته وأخواته وإخوتها وأخواتها وإن سفلوا، بواسطة أو غيرها، أخواله وخالاته، بخلاف أولاد الإخوة والأخوات، فهم أولاد أخواله وخالاته. ويمكن أن يريد بمن ناسبتها: من بينه وبينها انتساب من أصول وفروع وحواش من نسب أو رضاع؛ إذ لا فرق بينهما في التحريم عليه.

(١) «الشرح الكبير» (٥٧١/٩)، و«روضة الطالبين» (١٠/٩)

(وَيَحْرُمُ عَلَيْهَا) أي: المُرْضِعَةُ (التَّزْوِيجُ إِلَى الْمُرْضِعِ) بفتح الضاد، وهذا معلومٌ ممَّا تقدَّم، (وَ) إلى (وَلَدِهِ) وإن سفلَ من نَسَبٍ أو رَضاعٍ (دُونَ مَنْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِ) كماخوته من نَسَبٍ أو رَضاعٍ (أَوْ أَعْلَى مِنْهُ) كآبائِهِ، فلا يحرمُ عليها التَّزْوِيجُ إليهما.

وكالمُرْضِعَةِ في ذلكَ صاحبُ اللَّبَنِ، فيحرمُ عليه التَّزْوِيجُ إلى الرَّضِيعَةِ وإلى بناتها وإن سفلنَ دونَ مَنْ في درجتها كأخواتها، أو أعلى منها كأمهاتها، والحاصلُ أنَّه ينتشرُ التحريمُ من كلِّ من المُرْضِعَةِ وصاحبِ اللَّبَنِ إلى أصولِهِ وفروعه وحواشيهِ، ومن الرَّضِيعِ إلى فروعه دونَ أصولِهِ وحواشيهِ.

وتتعلَّقُ حُرْمَةُ الرِّضَاعِ بالمُصَاهَرَةِ أيضًا، فيحرمُ تزويجُ مُرْضِعَةِ الزَّوْجَةِ وإن أبانها، وكما يثبتُ بالرِّضَاعِ حُرْمَةُ التَّزْوِيجِ يثبتُ جوازُ النَّظَرِ والخُلُوةِ وعدمُ نقضِ الطَّهَّارَةِ باللمسِ، دونَ الإرثِ والنَّفَقَةِ والعِتَقِ بالملكِ وانتفاءِ القصاصِ وردَّ الشَّهادَةِ.



(فَصْلٌ)

فِي نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ وَالْمَالِيكِ وَالْبَهَائِمِ

(وَنَفَقَةُ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ) بِكَسْرِ الدَّالِ فِيهِمَا، ذَكَورًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا، وَارْتِنًا أَوْ غَيْرَ وَارْتِنٍ، مُسْلِمِينَ أَوْ كُفَرَاءَ مُعْصومِينَ، وَإِنْ بَعُدُوا وَخَالَفُوا فِي الدِّينِ إِنْ كَانُوا أَحْرَارًا أَوْ مُبْعُضِينَ بِاعْتِبَارِ مَا فِيهِمْ مِنَ الْحُرِّيَّةِ.

(وَاجِبَةٌ) عَلَى الْمَوْلُودَيْنِ فِي الْأَوَّلِ وَالْوَالِدَيْنِ فِي الثَّانِي، ذَكَورًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا، أَحْرَارًا أَوْ مُبْعُضِينَ، بِشَرْطِ قُدْرَتِهِمْ عَلَيْهَا وَلَوْ بِكَسْبٍ، فَيَلْزَمُ الْكَسُوبَ كَسْبُهَا لَا بِسُؤَالٍ وَلَا قَبُولٍ هَدِيَّةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ، فَلَا يَلْزَمَانِ، وَفَضْلُهَا عَنْ حَاجَتِهِمْ وَحَاجَةِ مَمُونِهِمْ؛ كَزَوْجَةٍ وَخَادِمِهَا مِنْ نَحْوِ نَفَقَةِ وَكَسُوفِ وَمَسْكَنِ وَمَلْبَسِ يَوْمِهِ وَلَيْلَتِهِ الَّتِي تَلِيهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَيُبَاغُ فِيهَا وَإِنْ لَمْ تَصِرْ دَيْنًا مَا يُبَاغُ فِيهِ مِنْ عَقَارٍ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهَا مُقَدَّمَةٌ عَلَى الدِّينِ الَّذِي يُبَاغُ فِيهِمَا مَلْكُهُ، فَبَيْعُهُ فِيهَا أَوْلَى.

وَالْأَصْلُ فِي وَجوبِهَا فِي الْأَوَّلِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَصَاحِبَتُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^(١)، وَمِنْ الْمُصَاحِبَةِ بِالْمَعْرُوفِ الْقِيَامُ بِكَفَايَتِهِمَا عِنْدَ حَاجَتِهِمَا، وَخَبَرُ التِّرْمِذِيِّ^(٢) وَحَسَنَهُ وَالْحَاكِمِ^(٣) وَصَحَّحَهُ: «أَطِيبُ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ كَنْسِيهِ، وَوَلَدُهُ مِنْ كَنْسِيهِ»^(٤)، فَكُلُّوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ.

وَفِي الثَّانِي: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُولَئِكَ﴾^(٥)، وَإِجَابُ

(١) سورة لقمان: ١٥.

(٢) «جامع الترمذي» (١٣٥٨) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٣) «المستدرک» (٢٢٩٤) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٤) في (ش): «كسهم».

(٥) سورة الطلاق: ٦.

الأجرة لإرضاع الأولاد يقتضي إيجاب مؤنتهم، وقوله ﷺ لهَذَا: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدُكِ بِالْمَعْرُوفِ» كما رواه الشيخان^(١).

فَعَلِمَ مِمَّا تَقَرَّرَ أَنَّهَا تَجِبُ لِمُسْلِمٍ عَلَى كَافِرٍ وَبِالْعَكْسِ، وَأَنَّهَا لَا تَجِبُ لِحَرْبِيٍّ وَلَا مُرْتَدٍّ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٢)؛ لِأَنَّهُمَا مَهْدِرَانِ، وَلَا لِرَقِيقٍ وَلَوْ مَكَاتَبًا، بَلْ نَفَقَةُ غَيْرِ الْمُكَاتَبِ عَلَى سَيِّدِهِ، وَنَفَقَةُ الْمُكَاتَبِ مِنْ كَسْبِهِ، فَإِنْ عَجَزَ نَفْسَهُ فَعَلَى سَيِّدِهِ، وَأَنْ مَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ لَهُ نَصْفُهَا وَعَلَيْهِ جَمِيعُهَا.

وَالوَاجِبُ مِنْ نَفَقَتِهِمْ مَا يَسْتَقِلُّونَ بِهِ بَحِثُ يَتِمَكَّنُونَ مَعَهُ مِنَ التَّرَدُّدِ وَالتَّصَرُّفِ، فَلَا يَكْفِي فِيهِ الْاِقْتِصَارُ عَلَى سَدِّ الرِّمَقِ، وَلَا يَجِبُ الشُّبْعُ كَمَا فِي «الْوَجِيزِ»، لَكِنْ صَرَّحَ ابْنُ يُونُسَ بِخِلَافِهِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْاِسْتِقْلَالِ لَا يَحْصُلُ بَدُونِهِ، وَازْتِصَاءُ غَيْرِهِ، وَحَمَلَ كَلَامَ «الْوَجِيزِ» عَلَى الْمُبَالِغَةِ فِيهِ.

وَكَالْنَّفَقَةِ الْكَسْوَةُ وَالسُّكْنَى، وَمُؤْنَةُ الْخَادِمِ إِنْ اِحْتَاَجَ إِلَيْهِ لِنَحْوِ مَرَضٍ أَوْ زَمَانَةٍ، وَالْأَدَمُ وَإِنْ نَازَعَ فِيهِ فِي «التَّهْدِيدِ»^(٣)، وَأَجْرَةُ الطَّبِيبِ وَالْفَاصِدِ وَالْحَاجِمِ وَالْخَاسَنِ، وَثَمَنُ الدَّوَاءِ وَهِيَ غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ، فَيُعْتَبَرُ حَالُهُمْ فِي السَّنِّ وَالرَّغْبَةِ وَالزَّهَادَةِ، فَيَجِبُ لِلطِّفْلِ مُؤْنَةُ إِرْضَاعِ حَوْلَيْنِ، وَلِغَيْرِهِ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَلَوْ قَدَّرُوا عَلَى بَعْضِ كِفَايَتِهِمْ وَجَبَ تَتِمِيمُهَا أَوْ ضَيْقُهَا بِمَا يَشِيعُهُمْ سَقَطَتْ نَفَقَتُهُمْ لِحَصُولِ كِفَايَتِهِمْ بِذَلِكَ.

وَلَوْ أَتَلَفُوهَا أَوْ تَلَفَتْ فِي يَدِهِمْ بَعْدَ قَبْضِهَا وَجَبَ إِبْدَالُهَا لَهُمْ وَضَمُّوْا بِالْاِتْلَافِ.

(١) «صحيح البخاري» (٥٣٦٤)، و«صحيح مسلم» (١٧١٤) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) «قوت المحتاج» (٣٩٤/٧).

(٣) «التهديد في فقه الإمام الشافعي» (٣٥٦/٦).

قال الأذرعِيُّ^(١): «ويجب أن يفرق بين الرّشيد وغيره، فيضمن الرّشيد بالإتلاف دون غيره لتقصير المنفق بالدفع إليه، فهو المضيع، وسبيله أن يطعمه أو يوكل بإطعامه ولا يسلمه شيئاً.

قال: ولا خفاء أن الرّشيد لو أثر غيره بها أو تصدّق بها لا يلزم المنفق إبدالها. قال شيخ مشايخنا^(٢): «وهو ظاهر إن كانت باقية وليس لهم الاعتياض عنها؛ لأنها إمتاع لا تمليك.

ولو قال لهم: «كلوا معي» كفى، ولا يجب تسليمها إليهم، قاله الإمام، ولا تصير ديناً إلّا بفرض القاضي أو إذنه في الاقتراض لغية أو منع، وحيث وجب إخراجهم فأخذتهم بحرّ بنفقتهم وجبت وكانت الكفاية أيضاً، لكنها تستقرّ بمضي الزّمان كما رجّحه البلقيني؛ لأنها عوض عن الخدمة، وبها فارقت نفقتهم وإن كانت تابعة لها.

ولو تعدّد المنفق من المولودين كائنين، فإن استويا كابنين أو بنتين فعليهما التّفق بالسّوية، فإن غاب أحدهما أخذ قسطه من ماله، فإن لم يكن له مال اقترض عليه، فإن لم يمكن أمر الحاكم الحاضر مثلاً بالتّموين بقصد الرجوع على الغائب، أو على ماله إذا وجدّه، وإن اختلفا فعلى الأقرب ولو أنثى غير وارث، فإن استويا في القرب فعلى الوارث، فإن وراثاً وتفاوتا في الإرث فوجهان: أحدهما ورجّحه اليميني والزّركشي ونقل نصحيحه عن جماع: أنها عليهما بالسّوية^(٣).

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٤٤٤).

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٣٩٨).

(٣) ينظر «أسنى المطالب» (٣/ ٤٤٦).

وثانيهما وبه جَزَمَ في «الأنوار»^(١): أَنَّهَا عَلَيْهِمَا بِحَسَبِ الْإِزْثِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا رَجَّحَهُ النَّوَوِيُّ^(٢) فَيَمَنَ لَهُ أَبُوَانٍ وَقُلْنَا: إِنَّ مُؤَنَّتَهُ عَلَيْهِمَا.

أَوْ مِنَ الْوَالِدَيْنِ فَهِيَ عَلَى الْآبِ، ثُمَّ الْجَدُّ وَإِنْ عَلَا، ثُمَّ الْأُمُّ، وَإِنْ اجْتَمَعَ أَجْدَادٌ وَجَدَّاتٌ فَهِيَ عَلَى الْأَقْرَبِ وَإِنْ لَمْ يُذَلِّ بِهِ الْآخِرُ^(٣)، وَلَوْ اجْتَمَعَ جَدَّانِ أَحَدُهُمَا عَصْبَةٌ فَإِنْ كَانَا فِي دَرَجَةٍ كَأَبِي الْآبِ مَعَ أَبِي الْأُمِّ فَهِيَ عَلَى الْعَصْبَةِ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ الْعَصْبَةُ أَبَعَدَ كَأَبِي أَبِي الْآبِ وَأَبِي الْأُمِّ فَهِيَ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ؛ لِتَعَارُضِ الْقُرْبِ وَالْعُصْبَةِ، وَإِنْ اسْتَوَيَا عَصْبَةٌ أَوْ عَدَمُهَا وَاخْتَلَفَتْ دَرَجَتُهُمَا فَهِيَ عَلَى الْأَقْرَبِ.

ثُمَّ لَوْ جَوِبَ نَفَقَةُ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ شَرَائِطُ (فَأَمَّا الْوَالِدُونَ فَتَحِبُّ نَفَقَتُهُمْ بِشَرْطَيْنِ) يَعْنِي: بِشَرْطِ وَجُودِ وَاحِدٍ مِنْ أَمْرَيْنِ، فَكُلُّ مِنْهُمَا شَرْطٌ:

(١) (الْفَقْرُ) بِالْأَلَا يَمْلِكُوا كِفَايَتَهُمْ مِنْ نَفَقَةٍ وَكَسُوفِ وَنَحْوِهَا وَلَا يَكُونُوا مَكْتَسِبِينَ، (وَالزَّمَانَةُ) أَي: الَّتِي لَا يَقْدِرُ مَعَهَا عَلَى الْكَسْبِ اللَّائِقِ بِهِ، وَالْحَقُّ بِهِمَا الْبَغْوِيُّ^(٤) الْمَرَضُ^(٥) وَالْعَمَى، وَمَشَى عَلَيْهِ الشَّيْخَانِ^(٦) وَغَيْرُهُمَا.

(٢) (أَوِ الْفَقْرُ وَالْجُنُونُ).

(وَأَمَّا الْمَوْلُودُونَ: فَتَحِبُّ نَفَقَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ) أَي: بِشَرْطِ وَجُودِ وَاحِدٍ مِنْ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ، فَكُلُّ مِنْهَا شَرْطٌ عَلَى الْبَدَلِ، وَلِظَهْوَرِ الْمُرَادِ مِنْ كَلَامِهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ لَمْ يُبَالِ بِالتَّسْمِيحِ فِيهِ:

(١) (الْفَقْرُ وَالصَّغَرُ)،

(١) «الأنوار» (٣/٩٦). (٢) «دروسة الطالبين» (٩/٩٠).

(٣) في (ع): «على الآخر». (٤) «التهديب في فقه الإمام الشافعي» (٦/٣٧٨).

(٥) في (ج): «المرضى». (٦) «الشرح الكبير» (١٠/٦٨)، «دروسة الطالبين» (٩/٨٤).

(٢) (أَوْ الْفَقْرُ وَالزَّمَانَةُ).

(٣) (أَوْ الْفَقْرُ وَالْجُنُونُ) فَإِنْ انْتَقَى الْفَقْرُ بَأَن مَلَكَوا كفايتهم المذكورة أو كانوا مكتسبين لم تجب نفقتهم، وكذا إن لم يتنف ولكن لم يكن لهم شيء من الأمور المذكورة معه مع قدرتهم على الكسب اللائق بهم على أحد الأقوال، وهو قضية كلام المصنف.

وقال الأذريعي: إنه المذهب الجديد، وفي قول: تجب، ورجحه في «المحرر»، وفي آخر: تجب نفقة الوالدين دون المولودين، وإيراد الشرحين^(١) يُسعر بترجيحه، ورجحه في «الروضة»^(٢) و«المنهاج»^(٣).

ولا يخفى أن حاصله عدم وجوب نفقة المولودين إذا لم تجر عادتهم بالكسب اللائق مع القدرة عليه، فإن حل لهم أخذ الزكاة في هذه الحالة كان ذلك صريحاً في الفرق بين البابين، وأن ظاهر كلامهم عدم وجوب نفقتهم أيضاً إذا جرت عادتهم بالكسب، لكنهم يشتغلون بالعلم، ولو اكتسبوا لانقطعوا عنه، وإن حل لهم أخذ الزكاة في هذه الحالة فقول الرزكشي: قد ذكروا في قسم الصدقات أن من لم تجر عادته بالكسب أو جرت به لكنه يشتغل بالعلم ولو اكتسب لانقطع عنه تجل له الزكاة فلتجب نفقته. انتهى. مخالف لكلامهم صريحاً في الأول وظهوراً في الثاني.

ولا يُنافي وجوب نفقة المولودين مع الفقر والصغر أنه يجوز للولي إذا بلغ الصغير حداً يمكن فيه تعلم الحرفة أو الاكتساب اللائق به أن يحمله على ذلك ويُنفق عليه منه، لكن لو هرب عن الحرفة أو ترك الاكتساب في بعض الأيام فعلى الولي نفقته.

(٢) «روضة الطالبين» (٩/ ٨٣).

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٦٦).

(٣) «منهاج الطالبين» (ص ٢٦٥).

وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ تَجِبُ نَفَقَةُ الْفَقِيرِ الْغَيْرِ الْمُكْتَسِبِ إِنْ عَجَزَ عَنِ الْكَسْبِ بِزِمَانَةٍ أَوْ غَيْرِهَا مِمَّا ذُكِرَ، أَوْ كَانَ وَالِدًا دُونَ الْغَنِيِّ وَمَنْ عَادَتْهُ فِي الْحَالِ الْاِكْتِسَابُ وَالِدًا كَانَ أَوْ مَوْلودًا، أَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مَوْلودًا.

وهذا حاصلُ قوله في «أصل الرّوضة»^(١): مَنْ لَهُ مَالٌ يَكْفِيهِ لِنَفَقَتِهِ أَوْ هُوَ مُكْتَسِبٌ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَى الْقَرِيبِ، سِوَاهُ كَانَ مَجْنُونًا صَغِيرًا زِمَانًا أَوْ خِلَافَهُ، وَمَنْ لَا مَالَ لَهُ وَلَا هُوَ مُكْتَسِبٌ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ بِهِ نَقْصٌ فِي الْحَكْمِ كَالصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ أَوْ فِي الْخَلْقَةِ كَالزَّمِينِ وَالْمَرِيضِ وَالْأَعْمَى، لَزِمَ الْقَرِيبَ نَفَقَتَهُ. ثُمَّ قَالَ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ نَقْصٌ فِي الْحَكْمِ وَلَا فِي الْخَلْقَةِ لَكِنَّهُ كَانَ لَا يَكْتَسِبُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكَسْبِ، فَإِنْ كَانَ مِنَ الْفُرُوعِ لَمْ تَجِبْ نَفَقَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَصُولِ وَجِبَتْ عَلَى الْأَظْهَرِ. انْتَهَى.

وَحَيْثُ وَجِبَتْ نَفَقَةُ الْوَالِدِ وَجِبَتْ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ وَكَسَوْتُهُمَا، قَالَ الْبَغَوِيُّ^(٢): دُونَ الْأَدَمِ وَنَفَقَةِ الْخَادِمِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ.

قَالَ الشَّيْخَانِ^(٣): لَكِنْ قِيَاسُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْابْنَ يَتَحَمَّلُ مَا لَزِمَ الْأَبَ وَجُوبُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا وَاجِبَانِ عَلَى الْأَبِ مَعَ إِعْسَارِهِ. انْتَهَى.

وَمِثْلُهُمَا الشُّكْنَى، وَالْوَاجِبُ نَفَقَةُ الْمُعْسَرِينَ كَمَا رَجَّحَهُ الْبُلْقِينِيُّ نَظَرًا إِلَى حَالِ الْوَالِدِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ أُمٌّ وَلِدٌ وَجِبَتْ نَفَقَتُهُمَا أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ لَهُ زَوْجَتَانِ فَأَكْثَرُ لَمْ تَجِبْ إِلَّا نَفَقَةُ وَاحِدَةٍ فَيُدْفَعُهَا الْوَلَدُ إِلَيْهِ وَهُوَ يوزَعُهَا عَلَيْهِمَا، وَلِكُلِّ مِنْهُمَا الْفَسْخُ لِقَوَاتِ بَعْضِ حَقِّهِ، فَإِنْ تَرَبَّعَ فِيهِ امْتَنَعَ عَلَى الْأَخِيرَةِ لَوْ جُوبِ

(١) «الشرح الكبير» (١٠/٦٧).

(٢) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٦/٣٨٦).

(٣) «الشرح الكبير» (١٠/٧١)، و«روضة الطالبين» (٩/٨٦).

الإتمام لها، ولا تجب مؤنة زوجة الولد ولا أم ولده^(١).

(وَنَفَقَةُ^(٢) الرَّقِيقِ) أي: مؤنته، واجبة في مال السيد بقدر الكفاية حتى ماء طهارته ولو سفراً، وتراب تيممه إن احتاجه، وكذا أجره الطبيب وثمر الأدوية كما في القريب بل أولى؛ لأن القريب قد يتكلف تحصيله، بخلاف الرقيق فيجب له ذلك ولو كان أعمى أو زميماً أو مدبراً أو مستولدة، أو أبقاً أو صغيراً أو مرهوناً أو كسوباً أو مستأجراً، أو موصى بمنفعته أبداً أو معارفاً، أو مستحقاً للقتل بجراية أو ردّة أو نحوهما؛ لأن قتله بتجويعه تعذيب يُمنع منه؛ لخبر مسلم: «إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ»^(٣)، ولأن السيد متمكّن من منع وجوبها عليه إمّا بإزالة ملكه، وإما بقتله؛ لأن له ولاية قتله بطريقه الشرعي، وبهذا فارق عدم وجوب كفاية قريبه إذا كان غير مُحترَم، وذلك^(٤) لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ كَلٌّ عَلَى مَوْلَاهُ﴾^(٥)، ولخبر: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ، وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ»^(٦)، وخبر: «كَفَى بِالْمَرْءِ إِنْمَا أَنْ يَخْبَسَ عَنْ مَمْلُوكِهِ قُوَّتُهُ»^(٧)، رواهما مسلم.

(١) كتب في هامش «هـ»: «وهذا ما وجد بخط المؤلف رحمه الله تعالى، ومن نفقة الرقيق إلى كتاب الجنائيات لم يوجد بشرحه، بل شرحه شيخنا العلامة سيدي محمد الجوهري الخالدي حين قراءته لهذا الشرح، فسمح الله في مدته، آمين».

وفي هامش (ع): «وهذا آخر ما وجد بخط المؤلف رحمه الله تعالى من شرح هذا الرِّيع، وينبغي التكميل للرِّيع المذكور من شرح الخطيب على هذا الكتاب؛ تكميلاً للفائدة، والله أعلم».

(٢) من هنا إلى أول كتاب الجنائيات مثبت من (هـ)، (ج)، (ع) بخط محالف، وهو من شرح الإمام الجوهري عليه، إذ هو ساقط من نسخة المؤلف العبادي، كما في هامش (ع)، (هـ).

(٤) ليست في (ع).

(٣) «صحيح مسلم» (١٩٥٥).

(٦) «صحيح مسلم» (١٦٦٢).

(٥) السجل ٧٦.

(٧) «صحيح مسلم» (٩٩٦).

وَقِيَسَ بِمَا فِيهِمَا مَا فِي مَعْنَاهُمَا، وَلَأنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ كَسْبَهُ وَتَصَرُّفَهُ فَتَلَزِمُهُ كِفَايَتُهُ بِاعْتِبَارِ نَفْسِهِ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى كِفَايَةِ أَمْثَالِهِ فُتْرَاعَى رَغْبَتُهُ وَزَهَادَتُهُ كَمَا فِي نَفَقَةِ الْقَرِيبِ.

وَيُسْتَنَى الْمُكَاتَبُ وَلَوْ فَاسَدَ الْكِتَابَةُ، فَلَا تَجِبُ كِفَايَتُهُ عَلَى سَيِّدِهِ؛ لِاسْتِقْلَالِهِ بِالْكَسْبِ، وَلِهَذَا تَلَزِمُهُ كِفَايَةُ أَرْقَائِهِ، نَعَمْ إِنْ احتَاجَ لِرِمَّتِهِ كِفَايَتُهُ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْكِتَابَةِ، وَكَذَا لَوْ عَجَزَ نَفْسَهُ وَلَمْ يَفْسَخْ سَيِّدُهُ كِتَابَتَهُ فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ، قَالَ بَعْضُهُمْ: وَهِيَ مَسْأَلَةٌ عَزِيزَةُ النُّقْلِ.

وَتَلَزِمُهُ فَطْرَةُ الْمُكَاتَبِ كِتَابَةً فَاسِدَةً لَعَدَمِ تَكَرُّرِهَا كُلَّ يَوْمٍ، وَمِثْلُهُ الْأُمَةُ الْمُزَوَّجَةُ حَيْثُ أَوْجَبْنَا نَفَقَتَهَا عَلَى زَوْجِهَا.

وَالْمُعْتَبَرُ فِي جِنْسِ كِفَايَتِهِ عُرْفُ الْبَلَدِ بِالنَّسْبَةِ لِأَرْقَائِهِمْ، فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ مِنْ غَالِبِ قَوِيِّ رَقِيقِ الْبَلَدِ وَأَدِيمِهِمْ وَكَسَوْتِهِمْ مِنْ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ وَزَيْتٍ أَوْ سَمْنٍ، وَقَطَنِ أَوْ صَوْفٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَلَا بَدَّ مِنْ مِرَاعَاةِ حَالِ السَّيِّدِ أَيْضًا فِي يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ، فَيَجِبُ مَا يَلِيقُ بِحَالِهِ مِنْ رَفِيعِ الْجِنْسِ الْغَالِبِ وَخَسِيسِهِ؛ لَخَبَرِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «لِلْمَمْلُوكِ نَفَقَتُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ» قَالَ: وَالْمَعْرُوفُ عِنْدَنَا الْمَعْرُوفُ لِمِثْلِهِ بَبِلْدِهِ^(١).

وَلَوْ كَانَ يَأْكُلُ وَيَلْبَسُ دُونَ الْمُعْتَادِ غَالِبًا بُخْلًا أَوْ رِيَاضَةً لَزِمَهُ لِرَقِيقِهِ رِعَايَةُ الْغَالِبِ، وَلَوْ تَنَعَّمَ بِمَا هُوَ فَوْقَ اللَّائِقِ^(٢) اسْتَحِبَّ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مِثْلَهُ.

وَلَا يَكْفِي سِتْرَ الْعَوْرَةِ وَإِنْ لَمْ يَتَأَذَّ بِحَرٍّ وَلَا بَرْدٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُعَدُّ تَحْقِيرًا لَهُ.

(١) الْأُم، (٦/٢٦٢).

(٢) ي (ج)، (ع) «اللائق».

قال الغزالي: وهذا ببلادنا إخراجا لبلاد السودان ونحوها كما في «المطلب». وهو ما يفهمه قولهم: «من الغالب»، فلو كان لا يشترون أصلاً وجب ستر العورة لحق الله تعالى، ويُؤخذ من التعليل أن الواجب ستر ما بين الشرة والركبة.

ولو أعطى السيد لرفيقه طعامه لم يجز له إبداله بما يقتضي تأخير الأكل، إلا لمصلحة الرقيق، ولو فضل نفيس رقيقه لذاته على خسيسه كره في العبيد وسن في الإمام.

وتسقط كفاية القرن بمضي الزمان كنفقة القريب، فلا تصير ديناً عليه إلا بقرض قاضي^(١) أو نحوه، وقد قال الروياني: لو قال الحاكم لعبد رجل غائب: «استلف وأنفق على نفسك» جاز، وكان ديناً على سيده، ولو امتنع منها السيد أو غاب باع القاضي فيها ماله كما في نفقة القريب.

قال بعض المحققين: وتحريره أن الحاكم يؤجر جزءاً من ماله بقدر الحاجة، أو جميعه إن احتيج إليه أو تعدّر إيجار الجزء، فإن تعدّر إيجاره باع جزءاً منه بقدر الحاجة أو كله إن احتيج إليه أو تعدّر بيع الجزء.

وهذا كله في غير محجور عليه^(٢)، أما هو فيتعين فعل الأخط من بيع القرن أو إجارته أو بيع مال آخر أو الاقتراض ليوفي من ماله، فإن فقد المال ولو ببلد القاضي فقط فيما يظهر لانتفاء سلطنته عليه حينئذ، والمالك حاضر بمتنع^(٣) من إنفاقه وتعدّرت إجارته أمره ببيعه أو إعتاقه دفعاً للضرر، والقصد إزالة ملكه عنه.

(٢) ليست في (ه).

(١) ليست في (ه).

(٣) في (ه) «ممتنع»

فإن امتنع آجره الحاكم أو باعه بأن يستدين عليه إلى اجتماع قدر صالح، فيبيع حينئذ ما يفي به على الأصح في «الروضة»، فإن تعذر بيعه وإجارته فنفقته في بيت المال، فإن فقد فعلى المسلمين؛ لأنه من محاييهم.

قال ابن الرُّفعة: وتُدفع لمالكه؛ لأنها عليه وهو المعنيُّ بأنه من محايي المسلمين مجَّانًا، وهو ظاهر إن كان السيد فقيرًا أو محتاجًا إلى خدمته الضرورية، وإلا فينبغي أن يكون ذلك قرضًا. انتهى^(١).

وهذا كله في غير أم الولد، أمَّا هي فلا تباع قطعًا ولا يجبر على إعتاقها في الأصح، بل تزجر أو تزوج، فإن لم يمكن فنفقته في بيت المال.

(و) كنفقة الرقيق فيما ذكر نفقة (البهائم) المحترمة ولو كلبًا يقتنى أي: مؤنتها (واجبة) في نحو مال المالك (بقدر الكفاية) إذا لم يرذ التصرف فيها ولا ذبح ما يحل منها، وإن وصلت إلى حد الزمانة المانعة من الانتفاع رأسًا؛ لحُرمة الروح، ولخبر الصحيحين: أنه ﷺ قال: «دَخَلَتْ امْرَأَةٌ النَّارَ فِي هِرَّةٍ حَبَسَتْهَا، لَا هِيَ أَطْعَمَتْهَا، وَلَا هِيَ أَرْسَلَتْهَا تَأْكُلُ مِنْ خَشَاشِ الْأَرْضِ»^(٢). بفتح الخاء وكسرها، أي: هوأمها.

والمراد بنفقته علفها وسقيها ونحوهما، والمراد بكفايتها وصولها لأول

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤٥٥) وقد دخل كلام ابن الرُّفعة في كلام الأذري، فلمل سقط من النسخ شيء، وتاممه فيه: قال ابن الرُّفعة وتدفع كفاية الرقيق لمالكه؛ لأن الكفاية عليه وهو المعني بأنه من محايي المسلمين لا للرقيق، قال الأذري: وظاهر كلامهم أنه بنفق عليه من بيت المال أو المسلمين مجَّانًا وهو ظاهر إن كان السيد فقيرًا أو محتاجًا إلى خدمته الضرورية، وإلا فينبغي أن يكون ذلك قرضًا عليه. انتهى

(٢) رواه البخاري (٣٣١٨)، ومسلم (٢٦١٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

الشَّيْبِ وَالرَّيِّ دُونَ غَايَتِهَا، وَيَقُومُ مَقَامَهُمَا تَخْلِيْتُهَا لَتَرَعَى وَتَرَدَّ الْمَاءُ إِنْ أَلْفَتْ ذَلِكَ وَاکْتَفَتْ بِهِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يُلَيَّسَ الْخَيْلَ وَالْبَغَالَ وَالْحَمِيرَ مَا يَبْقِيهَا مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ الشَّدِيدَيْنِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَضُرُّهَا ضَرْبًا بَيْنًا، عَتَبَارًا بِكُسُورَةِ الرَّقِيقِ، وَلَمْ أَرْ فِيهِ نَصًّا. انْتَهَى^(١).

قَالَ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ: وَهُوَ ظَاهِرٌ. انْتَهَى، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَجْبَرَ فِي الْمَأْكُولِ عَلَى بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ عِلْفٍ أَوْ ذَبْحٍ، وَفِي غَيْرِهِ عَلَى الثَّلَاثَةِ الْأَوَّلِ صَوْنًا لَهَا عَنِ التَّلَفِّ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ فَعَلَى الْحَاكِمِ مَا يَرَاهُ مِنْهُ، وَظَاهِرٌ أَنَّ مَا مَرَّ فِي الرَّقِيقِ يَأْتِي هُنَا.

فَلَوْ كَانَ عِنْدَهُ حَيَوَانٌ يُوْكَلُّ وَآخَرٌ لَا يُوْكَلُّ وَلَمْ يَجِدْ إِلَّا نَفَقَةً أَحَدَهُمَا وَتَعَذَّرَ بَيْعُهُمَا، فَهَلْ تُقَدَّمُ نَفَقَةُ مَا لَا يُوْكَلُّ وَيَذْبَحُ الْمَأْكُولُ أَوْ يُسَوَّى بَيْنَهُمَا؟

فِيهَا اِحْتِمَالَانِ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبْدِ السَّلَامِ قَالَ: فَإِنْ كَانَ الْمَأْكُولُ يَسَاوِي الْفَأَ وَغَيْرَهُ يَسَاوِي دَرَهْمًا فَفِيهِ نَظَرٌ وَاحْتِمَالٌ. انْتَهَى.

قَالَ بَعْضُهُمْ: وَالرَّاجِحُ تَقْدِيمُ غَيْرِ الْمَأْكُولِ فِي الْحَالَيْنِ.

وَخَرَجَ بِالْمُحْتَرَمَةِ غَيْرُهَا كَالْفَوَاسِقِ الْخَمْسِ، فَإِنَّهُ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهَا وَإِنْ لَمْ يَجُزْ قَتْلُهَا جُوعًا؛ لَخَبَرِ مُسْلِمٍ الْمُتَقَدِّمِ.

وَيَحِلُّ اسْتِعْمَالُ الْبَهَائِمِ كَالرَّقِيقِ فِي كُلِّ عَمَلٍ (وَوَ) لَكِنْ (لَا يُكَلَّفُونَ) بِتَغْلِيْبِ الْفَاعِلِ عَلَى غَيْرِهِ لَشَرْفِهِ؛ أَي: لَا يَجُوزُ لِمَالِكِهِمْ أَنْ يُكَلَّفَهُمْ (مِنْ الْعَمَلِ) مَا لَا

(١) يَظُنُّ «مَهَاةُ الْمُحْتَاجِ» لِلرَّمْلِيِّ (٧/٢٤٢).

يُطِيقُونَ) الدَّوَامَ عَلَيْهِ، وفي عبارة بعضهم: ويحرمُ تكليفُها على الدَّوَامِ ما لا تطيقُ الدَّوَامَ عليه. فعَلِمَ أَنَّهُ لا يجوزُ له أن يُكَلِّفَهُ عملاً على الدَّوَامِ يَقْدِرُ عليه يوماً أو يومين ثُمَّ يَعْجزُ عنه، وَأَنَّهُ يجوزُ له أن يُكَلِّفَهُ الأَعْمَالِ الشَّاقَّةَ في بعضِ الأوقاتِ، وَيَجِبُ على الرَّقِيقِ^(١) بذلُ جهده في العَمَلِ وتركِ الكسلِ فيه.

وَيُكْرَهُ له أن يقولَ لِمَالِكِهِ: «رَبِّي» بل يقولُ: «سَيِّدِي ومولاي»، وأن^(٢) يقولَ السَّيِّدُ: «عَبْدِي وَأَمَّتِي»، بل يقولُ: «غُلَامِي وجاريتي» أو «فَتَاتِي وفَتَاي»، ولا كراهةَ في إضافةِ «رَبِّ» إلى غيرِ المُكَلَّفِ كَرَبِّ الدَّارِ وَرَبِّ الغنمِ.

وَيُكْرَهُ أن يقولَ للفاسقِ أو المُتَّهِمِ في دينه: يا سيدي.

وقال الأذْرَعِيُّ: هل يجوزُ الحَرْثُ على الحُمُرِ بضمَّيْنِ؟ الظَّاهِرُ أَنَّهُ إذا لم يضرَّها جَارٌ، وإلَّا فلا، وفي كُتُبِ الحَنَابِلَةِ، وهو جارٍ على القواعدِ: أَنَّهُ يجوزُ الانتفاعُ بالحيوانِ في غيرِ ما خُلِقَ له كالْبَقَرِ لِلرُّكُوبِ أو الحَمَلِ، والإبلِ والحَمِيرِ للحَرْثِ، وقوله ﷺ: «بَيْنَمَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقَرَةً إِذْ أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا، فَقَالَتْ: إِنَّا لَمْ نُخْلَقْ لِدَلِكِ». متفقٌ عليه^(٣). المرادُ معظَمُ منافعِها، ولا يلزَمُ منه منعُ غيرِ ذلك. انتهى.

خاتمة: يجوزُ لِمَالِكِ الرَّقِيقِ مُخارجُته بشرطِ رضاها، فليس لأحدهما إجبارُ الآخرِ عليها؛ لأنَّها عقدُ مُعاوضةٍ، فاعتُبرَ فيه التَّراضِي كغيره، ولا بدُّ من اعتبارِ الصَّيغَةِ مِنَ الجَانِبَيْنِ، وصرِيحُها: خَارِجْتُكَ وما اشتَقَّ منه، وكنائيتها: بادلتُكَ عن كَسْبِكَ بكذا ونحوه من خراجٍ معلومٍ يُؤَدِّيهِ كُلُّ يَوْمٍ أو أُسْبُوعٍ أو شهرٍ أو سنةٍ ممَّا يَكْسِبُهُ بحسبِ ما يَتَّفَقَانِ عليه.

(١) ليست في (هـ)، (٢) في (هـ): «وأن لا».

(٣) رواه البخاري (٣٤٧١)، ومسلم (١١١٢) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ لَهُ كَسْبٌ مَبَاحٌ دَائِمٌ يَفِي بِالْخَرَجِ فَاضِلًا عَنْ نَفَقَتِهِ وَكُسُوتِهِ
إِنْ جَعَلَهُمَا فِيهِ، فَإِنْ زَادَ كَسْبُهُ عَلَى ذَلِكَ فَالزَّيَادَةُ بِرُّ وَتَوْسِيعٌ مِنْ سَيِّدِهِ لَهُ، وَإِنْ
نَقَصَ فِي بَعْضِ الْأَيَّامِ جُبِرَ بِالزَّيَادَةِ فِي الْبَعْضِ الْآخِرِ.

وَأَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لِنَفْسِهِ لَوْ كَانَ حُرًّا كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَلَوْ خَارَجَهُ
عَلَى مَا لَا يَحْتَمِلُ لَمْ يَجُزْ، وَيُلْزِمُهُ الْحَاكِمُ بَعْدَ مَعَارَضَتِهِ، فَقَدْ رَوَى الشَّافِعِيُّ^(١)
رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى بِسَنَدِهِ عَنْ عَثْمَانَ أَنَّهُ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ: «لَا تَكْلُفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبَ
فَيَسْرِقَ، وَلَا الْأَمَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ فَتَكْسِبَ بِفَرْجِهَا». وَكَذَا رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ^(٢)،
وَوَقَعَ فِي «النِّهَايَةِ»^(٣) عَزْوُهُ إِلَى عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنَّهُ.

وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ مُؤَنَّتَهُ تَجِبُ حَيْثُ شُرِطَتْ مِنْ كَسْبِهِ أَوْ مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ، وَلَا
يُخَارِجُ الْوَلِيُّ قَنَّ مُحْجُورِهِ إِلَّا إِذَا انْحَصَرَ صِلَاخُهُ فِيهَا وَتَعَدَّرَ بَيْعُهُ نَظِيرَ مَا فِي
الْحَجَرِ مِنْ بَيْعِ مَالِهِ بِدُونِ ثَمَنِ مِثْلِهِ لِلضَّرُورَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ فِيهَا تَبَرُّعًا وَإِنْ كَانَتْ
بِأَضْعَافٍ قِيمَتِهِ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنْهُ.



(٢) «السنن الكبير» (٨/٨).

(١) «الأم» (٢٦٦/٦).

(٣) «نهاية المطلب» (٥٧٥/١٥) وفيه عزوه لعثمان بن عبد الله عَنَّهُ.

(فَصْلٌ) فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ

وهي ثالثُ أقسامِ النَّفَقَةِ نظرًا لأسبابِها، إذ هي منحَصِرَةٌ في القَرَابَةِ والمَلِكِ والزَّوْجِيَّةِ، وما أوردَ على الحَضَرِ مِن نَفَقَةٍ نحوِ الهَدْيِ والأُضْحِيَّةِ المندورانِ وغيرِ ذلكَ فمدفوعٌ بأنَّ بعضَها خاصٌّ وبعضُها ضعيفٌ.

وأخَرُ المُصَنِّفُ هذا القِسْمَ وإن كان أقواها؛ إذ لا تسقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمانِ لكونِه في مِقابِلَةِ التَّمْكِينِ مِنَ التَّمَتُّعِ لِطُولِ الكَلَامِ عليه، فقال: (وَنَفَقَةُ الزَّوْجَةِ الْمُمَكَّنَةِ) لزوجِها (مِنْ نَفْسِهَا) تمكينًا^(١) تامًّا (وَاجِبَةً) بِذلكَ التَّمْكِينِ، ومنه أن تقولَ مُكَلَّفَةٌ أو سكرانةٌ أو وليٌّ غيرُهما: متى دَفَعْتَ التَّهْرَ الحَالَّ سَلَّمْتُ، وَبُيِّنْتُ بِإِقْرَارِهِ، أو بَيِّنَةٍ بِهِ، أو بِأَنَّهَا فِي غِيَبَتِهِ بِإِذْنِ الطَّاعَةِ، ملازمةٌ لِلْمِسْكَنِ، ونحوُ ذلكَ.

وسواءٌ في ذلكَ المسلمةُ والكافرةُ والحُرَّةُ والرَّقِيقَةُ والسَّليمةُ والمريضةُ، فتَجِبُ لَهَا كُلُّ يَوْمٍ بِلِيلَتِهِ الْمُتَأَخَّرَةِ عنه كما صرَّحَ به الرَّافِعِيُّ في الفسخِ بالإعسارِ. والمرادُ أَنَّها تَجِبُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ إِنْ كانتَ ممكَّنَةً عنده، فإن حَصَلَ التَّمْكِينُ بعَدِهِ وَجَبَ لَهَا القِسْطُ أعني قِسْطُ ما يَبْقَى إلى الفَجْرِ بِنسْبَةِ التَّوْزِيعِ على اليَوْمِ وَاللَّيْلَةِ، نَعَمْ لو مَنَعْتَهُ مِنَ التَّمْكِينِ بلا عُذْرِ ثُمَّ سَلَّمْتَهُ أَثناءَ اليَوْمِ مِثْلًا لم توزعْ. ومِثْلُهُ بل أَوْلَى ما إذا سَلَّمْتِ ثُمَّ مَنَعْتَ ثُمَّ سَلَّمْتِ، وذلكَ لِتَحُلُلِ المُسْقَطِ، فلم يُمَكِّنِ التَّوْزِيعُ معه لِتَعْدِيَّهَا بِهِ غَالِبًا بِخِلَافِهِ ثُمَّ، فإنه لا مُسْقَطٌ ولا تَعْدِيٌّ، فوَجِبَ تَوْزِيعُهَا على زَمَنِ التَّمْكِينِ وَعَدَمِهِ، وَمِنْ ثَمَّ قالوا تسقُطُ نَفَقَةُ اليَوْمِ

(١) في (هـ): «تمكَّن».

بليته بنشور لحظة، ولا توزع على زمني الطاعة والنشور؛ لأنها لا تتجزأ، ومن ثم سلمت دفعة ولم تفرق غدوة وعشيّة.

وبما تقرر عليم أن ما قاله البلقيني من أنه لا يجب القسط مطلقاً مردوداً، وإن كان في كلام الزركشي ما يوافقه.

وخرج بالتأم التمكن الذي ليس بتأم، كما لو مكنته ليلاً فقط مثلاً، أو في دار مخصصة مثلاً فلا نفقة لها.

(وهي) أي: نفقة الزوجة (مقدّرة) شرعاً بحسب اليسار وغيره (فإن كان الزوج مؤسراً) عند طلوع الفجر بأن كان له مال لو كلّف منه مدّان لم يرجع مسكين زكاة بحسب المال لا الكسب؛ إذ لا عبرة به هنا (ف) واجبه (مدّان) حيثل (من غالب قوتها) أي: قوت محلّها من برّ أو غيره ولو أقطاً كالفطرة، وإن لم يلق بها ولا ألقته؛ إذ لها إبداله.

قال الشّيخان: فإن اختلف غالب قوت محلّها أو أضل قوته بأن لم يكن فيه غالب وجب لائق به أي يساره أو ضده، ولا عبرة بما يتناولوه توسعاً أو بخلاً مثلاً.

ويلزمه الأداء عقب طلوع الفجر إن قدر بلا مشقة، لكنّه لا يخاصم، فإن شق عليه فله التأخير على العادة، وهذا في الممكّنة عند الفجر، أمّا الممكّنة بعده فيعتبر حاله عقب التمكن.

وعليه تملكها حباً، وكذا طحنه وعجنه وخبره بنفسه أو نائيه، وإن اعتادت فعل ذلك بنفسها، ولو أراد أحدهما بدل الحب لم يجبر الممتنع، فإن اعتاضت عن واجبها في اليوم نقداً أو عرضاً من الزوج لا غيره - كما قاله ابن المقرئ -

جَازَ فِي الْأَصَحِّ كَالْقَرْضِ بِجَامِعِ اسْتِقْرَارِ كُلِّ فِي الدِّمَّةِ لِمَعْيَنِ، وَمِنْ ثَمَّ لَمْ يَجْزُ
نُخُو الدَّقِيقِ وَالْخُبْزِ عَنْ حَبِّ مِنْ جَنْسِهِ؛ لِأَنَّهُ رَبًّا، وَلَوْ أَكَلَتْ مَخْتَارَةً عِنْدَهُ عَلَى
الْعَادَةِ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهَا أَوْ أَضَافَهَا شَخْصًا إِكْرَامًا لَهُ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا إِنْ أَكَلَتْ
قَدْرَ الْكِفَايَةِ، وَإِلَّا رَجَعَتْ بِالتَّفَاوُتِ كَمَا رَجَّحَهُ الزَّرْكَشِيُّ وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ الْعِمَادِ.
قَالَ: وَتُصَدَّقُ هِيَ فِي قَدْرِ مَا أَكَلَتْهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ قَبْضِهَا مَا نَفَقَتْ.

نَعَمْ إِنْ كَانَتْ قَنَّةً أَوْ غَيْرَ رَشِيدَةً اشْتَرَطَ إِذْنُ وَلِيِّهَا، وَبِالْإِذْنِ يَصِيرُ الزَّوْجُ
كَالْوَكِيلِ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا، وَظَاهِرٌ أَنَّ مَحَلَّهُ حَيْثُ كَانَ لَهَا حَقٌّ فِيهِ، وَإِلَّا لَمْ
يَعْتَدْ بِإِذْنِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا هُوَ مُقَدَّرٌ لَهَا، وَلَوْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَصْدِ التَّبَرُّعِ
أَوْ الْإِنْفَاقِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ.

هَذَا (و) يَجِبُ لَهَا مَعَ مَا ذُكِرَ عَلَيْهِ (مِنَ الْأَدَمِ) مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ أَيْ عَادَةُ
غَالِبِ أَهْلِ مَحَلِّهَا نَظِيرَ مَا مَرَّ فِي الْقُوتِ، وَمِنْ ثَمَّ يَأْتِي هُنَا مَا مَرَّ فِي اخْتِلَافِ
الْغَالِبِ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ الزَّوْجُ تَقْتِيرًا أَوْ تَرْفُفًا، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مِنَ الْمُعَاشِرَةِ
بِالْمَعْرُوفِ الْمَأْمُورِ بِهَا، إِذَا الطَّعَامُ لَا يُسَاعُ غَالِبًا إِلَّا بِهِ، وَبَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ أَنَّهُ إِذَا
كَانَ الْقُوتُ نَخْوً لَحْمٍ أَوْ لَبَنٍ اكْتَفَى بِهِ فِي حَقِّ مَنْ يَعْتَادُ اقْتِنَاتَهُ وَحْدَهُ.

وَمِثْلُ الْأَدَمِ فِي ذَلِكَ مَا تَشْرَبُهُ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ، وَهُوَ تَمْلِكُ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ
الشَّيْخَيْنِ وَغَيْرِهِمَا، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ خِلَافًا لِلزَّرْكَشِيِّ وَالدِّمِيرِيِّ فِي أَنَّهُ مَتَاعٌ حَتَّى
إِذَا مَضَتْ عَلَيْهِ مَدَّةٌ وَلَمْ تَشْرَبْهُ لَمْ تَمْلِكْهُ، وَإِذَا شَرِبَ غَالِبُ أَهْلِ الْمَحَلِّ مَاءً
مِلْحًا وَخَوَاصُّهُ عَذْبًا وَجَبَ مَا يَلِيقُ بِالزَّوْجِ كَمَا قَالَاهُ وَأَقْرَهُ بَعْضُهُمْ.

وَيُخْتَلَفُ الْأَدَمُ بِالْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ، فَيَجِبُ فِي كُلِّ فَصْلٍ مَا يَعْتَادُهُ النَّاسُ فِيهِ
حَتَّى الْفَوَاكِهِ فَتَكْفِي عَنِ الْأَدَمِ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ.

قال بعضُ المُحقِّقين: نَعَمْ يَنْجُهِ كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ الرَّجُوعُ فِيهِ لِلْعُرْفِ، وَأَنَّهُ يَجِبُ مِنْهُ مَا يَلِيقُ بِالْقُوَّةِ، بِخِلَافِ نَحْوِ خَلٍّ لِمَنْ قُوَّتُهَا التَّمَرُّ، وَجِبْنَ لِمَنْ قُوَّتُهَا الْأَقْطُ، وَيُقَدَّرُ قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ عِنْدَ تَنَازُعِهِمَا، وَيُفَاوَتْ فِيهِ قَدَرًا وَجَنَسًا مِنْ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ، فَيُقَرَّضُ مَا يَلِيقُ بِحَالِهِ وَمَا يَلِيقُ بِالْمُدَّيْنِ فَأَقْلُ.

وَيَجِبُ لَهَا لَحْمٌ يُقَدَّرُ الْحَاكِمُ عِنْدَ تَنَازُعِهِمَا بِاجْتِهَادِهِ مُعْتَبَرًا فِي قَدْرِهِ وَجَنْسِهِ وَزَمَنِهِ مَا يَلِيقُ بِبَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ وَتَوَشُّطِهِ، كَعَادَةِ مَحَلِّ الزَّوْجَةِ فِي أَكْلِهِ وَنَوْعِهِ وَقَدْرِهِ وَزَمَنِهِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَمِنْ ثَمَّ تُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ الْقُرَى مِنْ عَدَمِ تَنَاوُلِهِمْ لَهُ إِلَّا نَادِرًا.

وَبَحَثَ الشَّيْخَانِ عَدَمَ وَجوبِ أَدَمِ يَوْمَ اللَّحْمِ، وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ كَافِيًا لِلْغَدَاءِ وَالْعِشَاءِ، وَلَهُمَا احْتِمَالٌ بِوَجوبِهِ عَلَى الْمُوسِرِ إِذَا أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ اللَّحْمَ لِيَكُونَ أَحَدُهُمَا غَدَاءً وَالْآخَرُ عِشَاءً، وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ اللَّحْمُ كَافِيًا لَهُمَا فَلَا تَنَافِي.

وَلَوْ كَانَتْ تَأْكُلُ الْخُبْزَ وَحْدَهُ وَجَبَ الْأَدَمُ وَلَمْ يُنْتَظَرْ لِعَادَتُهَا؛ لِأَنَّ مَرَّ مِنْ أَنَّهُ مِنَ الْمَعَاشِرَةِ بِالْمَعْرُوفِ، بَلْ لَهُ مَنَعُهَا مِنْ ذَلِكَ كإِبْدَالِ الْأَشْرَفِ بِالْأَخْسِ إِذَا أَفْضَى إِلَى نَقْصِ التَّمَتُّعِ بِهَا كَمَا يُؤْخَذُ مِمَّا ذَكَرُوهُ هُنَا، وَلَوْ تَبَرَّمَتْ بِجَنْسٍ مِنَ الْأَدَمِ الْوَاجِبِ لَهَا لَمْ يَبْدَلْ لِنَحْوِ رَشِيدَةٍ، أَمَّا غَيْرُهَا مِمَّنْ لَيْسَ لَهَا مَنْ يَقُومُ بِإِبْدَالِهِ فَيَبْدُلُهُ لَهَا الزَّوْجُ كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ، وَالْأَوْجَهُ كَمَا بَحَثَهُ أَيْضًا وَجوبُ مِرَاجٍ لَهَا أَوَّلَ اللَّيْلِ فِي مَحَلِّ جَرَتِ الْعَادَةُ بِاسْتِعْمَالِهِ فِيهِ، وَلَهَا إِبْدَالُهُ بغيرِهِ.

(و) كَذَا يَجِبُ لَهَا (مِنْ الْكُسُوفَةِ) بِضَمِّ الْكَافِ وَكُسْرُهَا فِي كُلِّ مِنْ فَصْلِي الشَّتَاءِ وَالصَّيْفِ أَوْ نَحْوِهِمَا عَلَى الزَّوْجِ (مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ) مِنْ ذَلِكَ أَي: عَادَةُ مَحَلِّ

الزَّوْجَةِ، فَيَجِبُ لَهَا ذَلِكَ بِحَسَبِ كِفَايَةِ بَدْنِهَا وَلَوْ أُمَةً كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ إِطْلَاقِهِمْ،
حَيْثُ وَجِبَتْ نَفَقَتُهَا وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَقْدِيرِهَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِمُشَاهَدَةِ كِفَايَةِ
الْبَدَنِ الْمَانِعَةِ مِنْ وَقْعِ التَّنَازُعِ فِيهَا، وَيَخْتَلِفُ عَدْدُهَا بِاخْتِلَافِ مَحَلِّ الزَّوْجَةِ
حَرًّا وَبَرْدًا، وَمِنْ ثَمَّ لَوْ اعْتَادُوا لِلنَّوْمِ ثَوْبًا وَجَبَ فِيهَا يَظْهَرُ، وَجَوْدَتُهَا وَضَدُّهَا
بِيسَارِهِ وَضِدُّهُ.

وَالْأَوْجَهُ عَدَمُ اعْتِبَارِ عَادَةِ أَهْلِ بَلَدٍ تَقْصُرُهَا كَثِيَابُ الرِّجَالِ، وَأَنَّهَا لَوْ طَلَبَتْ
تَطْوِيلَهَا ذِرَاعًا مِنْ نَصْفِ السَّاقِ أَجَبَتْ، لِمَا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ سِتْرِهَا الَّذِي حَتَّ
الشَّارِعُ عَلَيْهِ.

وَلَا يَخْتَلِفُ عَدْدُ الْكُسُوةِ بِيسَارِهِ وَضِدُّهُ وَلَا بِحَضْرِيَّتِهَا وَضَدُّهَا، فَيَجِبُ لَهَا
قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ بِالنَّسْبَةِ لِعَادَةِ مَحَلِّهَا، وَمِكْنَبٌ يُدَاسُ فِيهِ،
وَيَلْحَقُ بِهِ الْقَبْقَابُ إِلَّا أَلَّا يُعْتَادَ كَأَهْلِ الْقَرْيَةِ، كَمَا قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ.

وَهَذَا فِي كُلِّ مِنَ الْفَصْلَيْنِ وَيَزِيدُ فِي الشِّتَاءِ عَلَى ذَلِكَ فِي الْمَحَلِّ الْبَارِدِ جُبَّةٌ
مَحْشُوءَةٌ أَوْ نَحْوَهَا فَأَكْثَرُ بِحَسَبِ الْعَادَةِ، وَلَوْ اعْتَدِيَ بِمَحَلِّ لَبْسٍ نَوْعٍ وَاحِدٍ وَلَوْ
أَدْمًا كَفَى، أَوْ لَبْسُ ثِيَابٍ رَفِيعَةٍ لَا تَسْتُرُ الْبَشْرَةَ أُعْطِيَتْ مِنْ صَفِيْقٍ يُقَارِبُهَا،
وَيَجِبُ لَهَا تَوَابِعُ ذَلِكَ مِنْ تِكَّةِ سَرَاوِيلٍ وَكُوفِيَّةٍ وَزُرٍّ نَحْوِ قَمِيصٍ أَوْ جُبَّةٍ أَوْ طَاقِيَّةٍ
لِلرَّاسِ، وَظَاهِرٌ أَنَّ أَجْرَةَ الْخِيَاطَةِ وَخِيْطَهُ عَلَيْهِ دُونَهَا نَظِيرَ مَا مَرَّ فِي نَحْوِ الطَّحْنِ.

تَنْبِيْهُ: تُعْطَى الْكُسُوةُ أَوَّلَ شِتَاءٍ لَتَكُونَ عَنْ فَضْلِهِ وَفَضْلِ الرَّبِيعِ بَعْدَهُ، وَأَوَّلَ
صَيْفٍ لَتَكُونَ عَنْهُ وَعَنِ الْخَرِيفِ، هَذَا إِنْ وَافَقَ وَجُوبُهَا أَوَّلَ فَصْلِ الشِّتَاءِ،
وَلَا أُعْطِيَتْ وَقْتُ وَجُوبِهَا ثُمَّ جُدِّدَتْ بَعْدَ كُلِّ سَنَةٍ أَشْهَرٍ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ تَلَفَتْ
فِيهِ بِلَا تَقْصِيرٍ مِنْهُ لَمْ تَبْدَلْ، فَإِنْ تَلَفَتْ لِسَخَافَتِهَا أَبْدَلَهَا لَتَقْصِيرِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ
ابْنُ الرَّفْعَةِ.

فَإِنْ نَشَرْتَ أَثْنَاءَ الْفَصْلِ سَقَطَتْ كَسْوَتُهُ، فَإِنْ أَطَاعَتْ لَمْ يُحَسَبْ بَقِيَّةُ الْفَصْلِ؛ لِأَنَّهُ بِمُتَرَلِّهِ يَوْمِ الشُّوْزِ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا لَمْ تَرُدَّ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ حُسِبَتْ لَهَا بِتَمَامِهَا عَلَى الْمُعْتَمَدِ.

وَيَجِبُ لَهَا مَا تَقَعُدُ بِحَسَبِ حَالِ الزَّوْجِ كَزِلِّيَّةٍ بِكَسْرِ فَتَشْدِيدِ اللَّيَاءِ؛ مُضْرَبٌ صَغِيرٌ عَلَى مُتَوَسِّطٍ صَيْفًا وَشِتَاءً، وَكُطْنَفِيَّةٌ؛ بِسَاطٍ نَخِينٌ لَهُ وَبِرَّةٌ كَبِيرَةٌ عَلَى مُوسِرٍ. قَالَا: وَنُشْبَةُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ بَسْطِ زِلِّيَّةٍ أَوْ حَصِيرٍ، فَإِنَّهُمَا لَا يُسْطَانِ وَحَدَّهُمَا.

وَكَلْبِدِ شِتَاءً وَحَصِيرٍ صَيْفًا عَلَى فَقِيرٍ؛ لِاقْتِضَاءِ الْعُرْفِ ذَلِكَ، وَكَذَا فَرَأْشُ اللَّتْوَمِ وَمِخْدَةٌ، وَيَجِبُ لَهَا مَعَ ذَلِكَ لِحَافٌ أَوْ كِسَاءٌ فِي الشِّتَاءِ أَغْنِي وَفَتْ الْبَرْدِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ شِتَاءً، أَمَّا فِي غَيْرِ وَقْتِ الْبَرْدِ وَلَوْ فِي وَقْتِ الشِّتَاءِ فِي الْبِلَادِ الْحَارَّةِ فَيَجِبُ لَهَا رِدَاءٌ أَوْ نَحْوُهُ إِنْ كَانُوا مَمَّنْ يَعْتَادُونَ غَطَاءَ غَيْرِ لِبَاسِهِمْ، أَوْ يَنَامُونَ عَرَايَا كَمَا هُوَ السُّنَّةُ، وَلَا يَجِبُ تَجْدِيدُ هَذَا كُلِّهِ كَالْجُبَّةِ إِلَّا وَقْتُ تَجْدِيدِهِ عَادَةً.

وَيَلْحَقُ بِذَلِكَ فِي الْوُجُوبِ آلَةُ تَنْظِيفِ لِبَدَيْهَا وَثِيَابِهَا، وَيَرْجِعُ فِي وَقْتِ ذَلِكَ وَقَدْرُهُ لِلْعَادَةِ كُمُشْطٍ، قَالَ الْقَفَّالُ: وَخِلَالٌ. قَالَ بَعْضُهُمْ: وَيُعْلَمُ مِنْهُ وَجُوبُ السَّوَالِكِ بِالْأُولَى. وَدَهْنٌ وَلَوْ مَطْيَبًا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ وَلَوْ لَجَمِيعِ بَدَنِهَا، وَمَا يُغَسَّلُ بِهِ الرَّأْسُ مِنْ نَحْوِ سَدِيرٍ وَنَحْوِ مَرْتَكٍ لِدَفْعِ ضُنَانٍ إِنْ لَمْ يَنْدَفِعْ بِنَحْوِ رَمَادٍ، أَوْ انْدَفَعَ بِهِ لَكِنْ كَانَتْ شَرِيفَةً لَمْ تَعْتَدْ فَيَجِبُ لَهَا ذَلِكَ وَإِنْ غَابَ عَنْهَا لَا لِبَاسٍ حَامِلٍ وَإِنْ أَوْجَبْنَا نَفَقَتَهَا.

وَكَذَا أَجْرُهُ حَمَامٍ لِمَنْ اعْتَادَتْهُ وَلَا رِبَّةَ فِيهِ بِوَجْهِهِ، فَتَدْخُلُهُ كُلُّ أُسْبُوعٍ أَوْ شَهْرٍ مَثَلًا مَرَّةً أَوْ أَكْثَرَ بِحَسَبِ الْعَادَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ حَيْثُذِ، وَمِنْ اقْتَصَرَ عَلَى مَرَّةٍ فِي الشَّهْرِ فَهُوَ لِلتَّمَثِيلِ، وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى جَوَازِ دَخُولِهِ وَإِنْ كُرِّهَ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ، خِلَافًا لِمَنْ حَرَّمَ دَخُولَهُ إِلَّا لِمُضْرَرَةٍ حَادِثَةٍ، وَإِنْ أَطَالَ الْأَذْرَعِيُّ فِي الْإِنْتِصَارِ لَهُ.

وكذا ماءٌ غُسلَ ما تسبَّبَ عنه لنحوٍ ملاحظته أو جماعٍ منه أو ولادةٍ ولو بلا بللٍ، لا حيضٌ واحتلامٌ واستدخالها لذَكَرِهِ وهو نائمٌ أو مغمى عليه كما اقتضاه تعليلُهم، أو ماءٌ وضوءٌ تسبَّبَ عن لمسِهِ، أو ماءٌ إزالةٍ نجاسةٍ مُطلقاً، وكذا دواءٌ وأجرةٌ طيبٌ ونحوُ حاجِمٍ.

ولها طعامُ أَيَّامِ المَرَضِ وأدُمُّها وكسوتُها وآلةٌ تنظيفُها وتضرُّفه للدَّواءِ أو غيره؛ لأنَّها محبوسةٌ له.

ولها أيضاً آلاتُ أَكْلِ وشُرْبٍ وطبخٍ؛ كقَدِيرٍ ومغرفةٍ، وككُوْزٍ وجِرَّةٍ، وكقَضَعَةٍ ونحوها، ولها نحوُ إجانَةٍ تغسَلُ ثيابَها فيها؛ إِذِ المَعِيشَةُ لا تَتِمُّ بدونِ ذلك، ومثله إِبْرِيْقُ الوضوءِ والسَّراجُ ومنارُته إن اعتيَّدَتْ، ويُرَجَّعُ في جنسِ ذلك للعادةِ لبناءِ البابِ عليها كالتُّحَّاسِ للشَّرِيفَةِ والخَزَفِ لغيرِها، ويتفاوتُ فيه المُوسِرُ وضده نظيرَ ما مرَّ.

ولها مسكنٌ يليقُ بها عادةً لعدمِ ملكِها إبدالَه؛ إِذ هو إمتاعٌ بخلافِ ما تقدَّم، ولا يُشترَطُ كونه ملكه، ولو سَكَنَ معها في منزلِها بإذنِها، أو لامتناعِها مِنَ النُّقْلَةِ معه، أو في منزلٍ أبيها بإذنه، أو منعه كذلك لم تلزَمه أَجرَةٌ؛ إِذ الإذنُ العاري عن ذكرِ عوضٍ منزَّلٌ على الإعارةِ والإباحةِ بخلافِهِ مع السُّكُوتِ.

(و) محلٌّ ما تقرَّرَ مِنَ نحوِ المدينِ في الزَّوْجِ إِذا كان موسراً وقد مرَّ بيانه، ف (إِنْ كَانَ مُعْسِراً) وهو مَنْ ليس له مالٌ يكفيه العمرَ الغالبَ ولو كان غنياً بكسبه أو نفقةٍ قريبٍ فمسكينُ الزَّكَاةِ ونحوُه مَمَّنْ ذُكِرَ معسرٌ هنا (فَ) واجبه (مُدٌّ) مِنْ غَالِبِ قَوْتِ محلِّها كما سَلَفَ (و) لها معه (مَا يَتَأَدَّمُ بِهِ الْمُعْسِرُونَ) وما يتفكَّهُونه جنساً وقَدَرًا، ويقدِّره القاضي باجتهاده على حسبِ العادةِ الجاريةِ في

أهل محلّها، ويجبُ توابعُ ذلك على حسبِ العادةِ أيضًا على ما يراه باجتهاده، وقد سلفَ كلُّ ذلك مُستوفى.

(وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ) ليس بمُوسِرٍ ولا مُعسِرٍ بل (مُتَوَسِّطًا) بينهما وهو من يملكُ كفايةَ العُمَرِ الغالبِ ولكن لو كُلفَ المُدَيِّن رَجَعَ مسكينٌ زكاةً باعتبارِ المالِ، وإن غنيَ بنحوِ الكسبِ كما مرَّ (فكواجبه مُدٌّ وَنِصْفٌ) أي: نصفُ مُدٍّ من ذلك الغالبِ، أغنيَ غالبَ قوتِ محلّها كما سلفَ، ولها مع ذلك توابعه كما أشارَ إليه بقوله: (وَمِنَ الْأُذْمِ) قدرًا وجنسًا (وَ) كذا (مِنَ الْكِسْوَةِ الْوَسْطَى) المُعتدلُ على ما يراه القاضي باجتهاده.

وهذا كله في حقِّ الزَّوْجَةِ التي يليقُ بها خدمةُ نفسِها بأن كانت أمةً أو حرةً لم تُخدم في بيتِ أبيها (إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ يُخْدَمُ) بالبناء للمفعول وهو (مِثْلُهَا) بأن كانت حرةً ومثلها يُخدمُ عادةً في بيتِ أبيه مثلاً، بخلاف من لم تُخدم فيه وإن حصلَ لها شرفٌ من زوجٍ أو غيره يعتادُ لأجلِهِ إخراجُها؛ إذ الأمورُ الطَّارِئَةُ لَا تُعْتَبَرُ وَحَيْثُ وَجَبَ فَوَاحِدَةٌ لَا أَكْثَرُ مُطْلَقًا ما لم تمرَّضَ فيجبُ بقدرِ الحاجةِ.

وله منعٌ من لا تُخدمُ من إدخالِ واحدةٍ، ومن تُخدمُ من إدخالِ ما زاد، إلّا لنحوِ مرضٍ سواءً كُنَّ مِلْكُهَا أم بَاجِرَةٌ، والزَّوْجَةُ مُطْلَقًا من زيارةِ أبويها وإن احتَضَرَ، أو من شهودِ جنازتها، ومنعهما من دخولِهما لها كولدِها من غيره.

ويحصلُ الإخدامُ ولو بَحُرَّةٍ متبرِّعةٍ؛ لأنَّ الِئِنَّةَ عليه لا عليها، أو بأمةٍ له، أو مستأجرةٍ، أو بالإِنْفَاقِ على مَنْ صَحِبَتْهَا مِنْ حُرَّةٍ أو أمةٍ لخدمةٍ إن رَضِيَ بها، أو صبيٍّ غيرِ مُراهقٍ، أو مُحَرَّمٍ لها، أو مَمْسُوحٍ، أو عبيدها، أو مملوكَةٍ لها؛ لِحُصُولِ المقصودِ بِجَمِيعِ ذلك، لا ذِمَّةً لِمُسْلِمَةٍ، ولا عكسِهِ كما بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ، ولا كبيرٌ ولو شَيْخًا هَمًّا.

ولها الامتناع إذا أخذَ منها أحدُ أصولها أو خدَمَها بنفسه، كما له منعُها من خدمةِ نفسها ليتوفَّرَ لها مؤنةُ الخادم، وبما تقرَّرَ عَلِمَ أَنَّ الإخدامَ إمتاعٌ لا تمليكٌ، وسواءٌ فيه مَوسِرٌ ومَعسِرٌ، وغيرُهما كسائرِ المؤنِّ خلافًا لجمعٍ في المَعسِرِ.

تنبيهٌ: يجبُ على المَعسِرِ والمُتوسِّطِ مدٌّ للخادمِ من جنسِ طعامِ الزَّوجةِ، وعلى المَعسِرِ مدٌّ وثُلثٌ على النَّصِّ؛ لأنَّه ثُلثُ نفقةِ زوجته، كما أنَّ المدَّ ثُلثُ نفقةِ المُتوسِّطِ ولم يجزِ على منوالِ ذلك في المَعسِرِ؛ لأنَّ المدَّ أقلُّ النِّفقاتِ، فلا يُجزئُ أقلُّ منه، ويجبُ له أيضًا أدمٌ من جنسِ أدمِ المخدومةِ، لكن لا يجبُ أن يكونَ من نوعه على الأصحِّ، ويجبُ له أيضًا كسوةٌ تليقُ بحاله ولو كان متوسطًا أو مُعسرًا، ولا يجبُ له سروايلٌ؛ لأنَّه للزَّينةِ وكمالِ الشَّترِ. انتهى.

وهذا كلُّه إذا أيسَرَ بنفقتها وإن كان مُعسرًا كما سَلَفَ، فإن أعسَرَ بها فحُكْمُه ما أشارَ إليه بقوله: (وَإِنْ أَعْسَرَ) أي: الزَّوجُ بأقسامه المارةِ (بِنَفَقَتِهَا) المُستقبلةِ، فإن صبرتْ وأنفقتْ على نفسها صارتَ دينًا عليه وإن لم يفرضها القاضي، وإلَّا (فلها فسخُ النِّكاحِ) بأن ترفعَ أمرَها إلى القاضي، فيثبتُ إعسارهُ ببينةٍ أو إقرارٍ، ثم يفسخه بنفسه أو نائبه، أو يأذنُ لها فيه، وليس لها ولو مع علمها بالعجزِ فسخه قبلَ الرَّفعِ ولا بعده وقبلَ الإذنِ فيه.

نعم إن عجزتْ عن الرَّفعِ وفسختْ نقدًا ظاهرًا وباطنًا للضرورة، ويجبُ إِمهالُه ثلاثةَ أيَّامٍ وإن لم يطلبه ليتحقَّقَ عجزُه، فإنَّه قد يكونُ لعارضٍ فيزولُ، وهي مدَّةٌ قريبةٌ يتوقَّعُ فيها القدرةُ بنحوِ قرضٍ، ولها الخروجُ لتحصيلِ نفقةٍ وإن أمكنَ بيتُها حيثُ لا ريبةَ في خروجِها، وإلَّا منعها أو خرَّجَ معها، وعليها رجوعُ ليلاً، وليس لها منعه من التَّمَتُّعِ في غيرِ زمنِ التَّحصيلِ، فإن منعه سقطتْ نفقتها

زمن المنع فقط، ثم في صبيحة الرابع يفسخ القاضي أو هي بإذنه، ولها ذلك ولو قالت: «رضيت بإعساره بها أبدا» لتجدد الضرر، بخلاف المهر كما سيأتي.

وخرج بإعساره بها امتناعه منها مع إيساره، سواء حضر أو غاب لتمكنها من تحصيلها بالحاكم، وكذا غيبة ماله بدون مسافة القصر، فإن كان بها فلها الفسخ وبإضافة النفقة لضميرها إعساره بنفقة الخادم، فلا فسخ به، وبالمستقبلية الإعسار بأداء نفقة القاضي، فإنه لا فسخ بذلك كما هو مقرر.

(وَكَذَلِكَ) يكون لها الخيار (إِنْ أَعْسَرَ) الزوج (بِالصَّدَاقِ) أو بعضه (قَبْلَ الدُّخُولِ) بها للعجز عن تسليم العوض، فأشبه ما إذا لم يقبض البائع الثمن حتى حُجِرَ على المشتري بالفلس والمبيع باق بعينه، وإنما لم يفسخ بعده لتلف المعوض وضرورة العوض ديناً في الذمة.

نعم إن رضيت بإعساره بذلك فلا فسخ لها؛ لأن الضرر لا يتجدد، بخلاف الإنفاق، ولا بد في هذا الفسخ أيضاً من الرفع للقاضي كما سلف.



(فَصْلٌ) فِي الْحَضَانَةِ

بفتح الحاء لغةً مِنَ الْحَضَنِ بِكسرها، وهو الْجَنْبُ لضمِّ الحاضنة الطِّفْلَ إليه.
وشرعاً: حفظ مَنْ لَا يَسْتَقِيلُ بِأُمُورِهِ وَتَرْبِيَّتِهِ بِمَا يَصْلِحُهُ وَيَقِيهِ عَمَّا يَضُرُّهُ،
وذلك ككبير ومجنون وصغير، وهو المذكور بقوله: (وَإِذَا فَارَقَ الرَّجُلُ
رَوْجَتَهُ) بشيءٍ من أنواعِ الفُرْقَةِ من أنواعِ الحياة (وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ) حرٌّ، ذكرًا كان
أو غيره (فَهِيَ أَحَقُّ) مِنْ سَائِرِ الْأَقَارِبِ (بِحَضَانَتِهِ) المارةً لوفور شفقتها، فتقدّم
هي ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِينَ لَهَا بِالْإِنَاثِ الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبُ، ثُمَّ أُمُّ أَبِي وَإِنْ عَلَا،
ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتِ بِإِنَاثٍ كَذَلِكَ، ثُمَّ أُخْتُ، ثُمَّ خَالَةٌ، ثُمَّ بِنْتُ أَخٍ أَوْ أُخْتٍ،
ثُمَّ عَمَّةٌ وَأُخْتُ أَوْ خَالَةٌ أَوْ عَمَّةٌ مِنْ أَبَوَيْنِ عَلَيْهَا لِأَبٍ وَهُنَّ لِأَبٍ عَلَيْهَا لِأُمٍّ،
وَالْأَصْحُ سَقُوطُ كُلِّ جَدَّةٍ لَا تَرِثُ دُونَ أَنْثَى غَيْرِ مُحَرَّمٍ لَمْ تُدَلِّ بِذَكَرٍ غَيْرِ وَارِثٍ
كَبِنَتْ خَالَةً.

وذلك كله (إِلَى سَبْعِ سِنِينَ) مِنْ وَلادَتِهِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَنْتَهِي الْحَضَانَةُ بِهَا،
بَلْ تَبْقَى إِلَى الْبُلُوغِ، خِلَافًا لِلْمَأْوَزِيِّ الْقَائِلِ بِأَنَّ مَا بَعْدَهَا كِفَالَةٌ.

قَالَ بَعْضُهُمْ: وَالْخُلْفُ لَفْظِيٌّ فِيمَا يَظْهَرُ وَإِنْ خَالَفَ مَا بَعْدَ السَّبْعِ مَا قَبْلُهَا فِي
التَّخْيِيرِ وَتَوَابِعِهِ.

(ثُمَّ يُخَيَّرُ) نَدَبَا الطِّفْلِ الْمُمَيَّزُ بَيْنَ أَبَوَيْهِ وَإِنْ أَسْقَطَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ قَبْلَ التَّخْيِيرِ،
فَلَوْ امْتَنَعَ الْمُخْتَارُ مِنْ كِفَالَتِهِ كَفَلَهُ الْآخَرُ، فَإِنْ رَجَعَ الْمُمْتَنِعُ مِنْهَا أُعِيدَ التَّخْيِيرُ،
وَإِنْ امْتَنَعَ وَبَعْدَهُمَا مُسْتَحَقَّانِ لَهَا كَجَدٍّ وَجَدَّةٍ خَيْرٌ بَيْنَهُمَا، وَإِلَّا أُجِبَ عَلَيْهَا مَنْ
تَلَزَّمَهُ نَفَقَتُهُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ الْكِفَالَةِ.

ولا بدَّ أن يظهرَ للحاكمِ باجتهاده أنَّه عارفٌ بأسبابِ الاختيارِ، وأن يكونَنا أهلاً للحضانةِ بأن تتوفرَ الشروطُ الآتيةُ فيهما، فلو فضَّلَ أحدهما الآخرَ ديناً أو مالاً أو محبةً لم يُعتبرَ، بل الخيرةُ للمُمَيِّزِ.

(فَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ) وذلك؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيْرَ غُلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ، وَالْحَقُّ بِهِ الْعِلَامَةُ بِجَامِعِ احتِياجِ كُلِّ إِلَى الحَفِظِ، وَالْمُمَيِّزُ أَصْرَفُ بِحَفِظِهِ فَيَرْجِعُ إِلَيْهِ، فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ اخْتَارَ الْآخَرَ حُوتَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَظْهَرُ الْأَمْرُ عَلَى خِلَافِ مَا ظَنَّهُ، أَوْ يَتَغَيَّرُ حَالُ مَنْ اخْتَارَهُ أَوَّلًا.

نَعَمْ إِنْ ظَنَّ أَنَّ سَبِيهَ قَلَّةَ عَقْلِهِ فَعِنْدَ الْأُمِّ، وَإِنْ بَلَغَ كَمَا قَبْلَ التَّمْيِيزِ، وَإِذَا اخْتَارَ الْأَبَ ذَكَرَ لَمْ يَمْنَعَهُ مِنْ زِيَارَةِ أُمِّهِ، أَيْ: لَمْ يَجْزُ لَهُ ذَلِكَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْبَنْدَنِيغِيُّ وَدَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ الْمَاوَرْدِيِّ، أَوْ تَكْلِيفُهَا الْخُرُوجَ لَزِيَارَتِهِ يُؤَدِّي لِلْمُعْثُوقِ وَقَطْعِ الرَّحِمِ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْهَا بِالسَّعْيِ وَالْخُرُوجِ، وَإِنْ اخْتَارَتْهُ أُنْثَى أَوْ خُنْثَى مَنَعَهَا مِنْ زِيَارَةِ أُمِّهَا لِتَأَلَّفِ الصَّيَانَةِ وَعَدَمِ الْبُرُوزِ، وَالْأُمُّ أَوْلَى مِنْهَا بِالْخُرُوجِ لَزِيَارَتِهَا لِسُنَّهَا وَخَبَرَتِهَا.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُخَدَّرَةِ وَغَيْرِهَا خِلَافًا لِلْأَذْرَعِيِّ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَوْ مَكَّنَهَا مِنْ زِيَارَتِهَا لَمْ يَحْرُمَ عَلَيْهِ، نَعَمْ لَا يَمْنَعُهَا مِنْ عِيَادَتِهِ لِمَرَضٍ لَشِدَّةِ الْحَاجَةِ حِينَئِذٍ لَكِنْ مَحَلُّهُ عِنْدَ انْتِفَاءِ رِيْبَةٍ قَوِيَّةٍ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمُهُ.

وَلَا يَمْنَعُ الْأَبُ دُخُولَ الْأُمِّ عَلَى الْإِبْنِ أَوْ الْبَنَاتِ فِي بَيْتِهِ زَائِرَةً حَيْثُ لَا رِيْبَةَ وَلَا خُلُوةَ مُحَرَّمَةٍ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، لَكِنْ لَا تُطِيلُ الْمُكُثَّ.

وَالزِّيَارَةُ مَرَّةً فِي أَيَّامِ الْعَادَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْتُهَا قَرِيبًا، فَلَا بَأْسَ بِدُخُولِهَا كُلَّ يَوْمٍ كَمَا قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ، فَإِنْ مَرَضًا فَلَا تُؤَلَّى بِتَمَرِضِهِمَا، فَإِنْ رَضِيَ بِهِ

في بيته مع انتفاء الرِّبَّةِ والخَلْوَةِ الْمُحَرَّمَةِ فذاك، وإلا ففي بيتهما، ويعودُهما مع الاحترارِ عن الخَلْوَةِ ما أمكنَ.

ولا تُمنَعُ الأمُّ مِن حُضُورِ تجهيزِهما في بيته إذا ماتا، وله مُنعُها مِن زيارة قبرِهما إذا دُفِنَا في ملكِها، والحكمُ في العكسِ كذلك، ولو تنازَعَا في الدَّفْنِ في تربةٍ أحدهما أُجِيبَ الأبُ.

ولو مرضَتِ الأمُّ لَزِمَ الأبُ تمكينُ الأنثى مِن تَمريضِها إن أحسَنَت ذلك، ولا يلزمُه تمكينُ الذَّكَرِ وإن أحسنَه.

وإذا اختارَ الأمُّ ذَكَرَ فعندَها يكونُ ليلاً، وعندَ الأبِّ وإن علَا يكونُ نهاراً.

ومثله وصِيٌّ وَصِيَّةٌ يُوَدَّبُهُ^(١) وجوباً بتعليمه طهارة النَّفْسِ مِن كُلِّ رَذِيلَةٍ وتحليتها بكُلِّ محمودٍ، ويُسلَّمُ وجوباً بالمكتبِ، اسمٌ لِمَحَلِّ التَّعْلِيمِ، وسَمَاءُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِالْكِتَابِ كما هو على الألسنة تسميةً لِلْمَحَلِّ بِاسْمِ الحالِّ فيه، ولم يُيالِ بكونه جُمعٌ كاتبٌ لظهور المعنى المراد، وذلك ليتعلَّم منه الكتابة، ويُسلَّمُ كذلك لِجُرْفَةِ ليتعلَّمها على ما يليقُ بحالِ الولدِ، فليس لأبي الشَّرِيفِ تعليمُ ولده صنعةً تُزْرِى به؛ لأن عليه رعايةَ حفظه.

وقد أفتى ابنُ الصَّلَاحِ في مُطْلَقَةِ بَقَرِيَّةٍ مَعَهَا وَلَدٌ في مكتبٍ وأبوه ببلدٍ بأنَّه إن سقطَ حفظُها لِحُضَانَةِ لِأَبِّ. ومثُلُ ذلك بالأوَّلَى ما إذا كان في إقامته عندَها رِبَّةٌ كما قاله بعضهم، وأجرةُ ذلك في مالِ الولدِ إن كان، وإلا فعلى مَنْ عليه نفقته.

وإذا اختارتها أنثى أو خُتِنِي فعندَها ليلاً ونهاراً، أو يزورها الأبُّ على العادة ولا يزورها ليلاً؛ لِمَا فيه مِنَ الرِّبَّةِ والتَّهْمَةِ، ولو كانت بمسكنٍ زوجٍ امتنعَ

(١) في (ج) «الْيُودِيَّة».

دخوله إلا بإذنه، فإن لم يَأْذَنْ أخرجتها إليه ليرأها ويتفقد حالها ويلاحظها بالقيام بمصالحها، ولها بعد بلوغها الانفراد عن أبويها ما لم يثبت فيه رية، فلولي نكاحها منعها من الانفراد، بل يضمها إليه إن كان محرماً، وإلا فلمن يأتينها بموضع لائق ويلاحظها، والأوجه كما قاله ابن الزودي في «بهجة»^(١) في أمره ثبتت رية في انفراجه أن لوليّه منعه منه.

فإن اختارهما أفرغ بينهما لانتفاء المرجح، وإن لم يختَرْ واحداً منهما فالأُم أولى، لأنها أشقَى، واستصحاباً لما كان، وقيل: يُفرغ بينهما؛ إذ لا أولوية حيثُ، ويردُّ بمنع ذلك.

ولا بد في استحقاق الحضنة من شرائط، ولذلك قال: (وشرائط) جمع شريطة بمعنى مشروطة لاستحقاق (الحضنة) المذكورة (سبعة) بل أكثر كما ستعرفه، وأتى بالتاء لحذف المعدود، أو تقديره مذكراً (أشياء):

أحدها: (العقل) فلا حضنة على حرٍّ أو رقيق ابتداءً أو دواماً لمن به جنون ولو متقطعاً لنفسه، نعم إن قلَّ كيوم في سنة لم يضر. قال بعضهم: ويتجه ثبوت الحضنة في ذلك اليوم لوليّه. قال: ولم أر لهم كلاماً في الإغماء، والأقرب أن الحاكم يستنيب عنه زمن إغمائه، ولو قيل بمجيء ما مرَّ في ولي النكاح لم يبعد.

(و) ثانيهما: (الحرية) الكاملة فلا حضنة كذلك لمن فيه رق وإن قلَّ لنفسه به وإن أذن له سيده فيها؛ لأنها ولاية وهو ليس من أهلها، وهي على الرقيق لسيده، لكن ليس له نزعه من أحد أبويه قبل التمييز، وقد ثبتت للام القنة فيما لو أسلمت أم وليد كافر فلها^(٢) حضنة ولدها التابع لها في الإسلام ما لم تتزوج

(١) «المرر الهية» (٩٧/٤).

(٢) راد في (ح). «للام القنة»

لفراغها حينئذ، إذ يمتنع على السيّد قربانها مع وفور شفقتها ومع تزوّجها لا حقّ للأب لكفره.

(و) ثالثها: (الدين) أي: الإسلام، إذا كان المحضون مسلمًا، فلا حضانة لكافرٍ على مسلمٍ؛ لأنّها ولاية، وهو ليس من أهلها بالنسبة للمسلم كما لا يخفى، ولئلا يفتنه في دينه، وأفهم كلام «المنهاج» كغيره ثبوتها للكافر على الكافر. قال بعضهم: وهو كذلك.

(و) رابعها: (العِفَّة) بالكسر، مصدرُ عَفَّ يَعِفُّ عَفًّا وَعَفَافًا وَعَفَافَةً وَعِفَّةً إِذَا كَفَّ عَمَّا لَا يَحِلُّ عَلَى مَا فِي «الأساس»^(١) و«المختار»^(٢)، وعَمَّا لَا يَحِلُّ وَلَا يَجْمَلُ. عَلَى مَا فِي «المُحْكَم»^(٣) و«القاموس»^(٤).

وشرعًا: اجتنابُ المنهيات وما يُخِلُّ بالمُروءاتِ على جهةِ الرُّسوخِ في الشَّخصِ، فلا يَكْفِي اجتنابُها مرّةً مثلاً، وبهذا تُخصَّصُ عَنِ الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ، فَهِيَ بِمَعْنَى الْعَدَالَةِ، فَلَا حِضَانَةَ لِمَنْ عَدِمَهَا؛ لِأَنَّهَا وَلايَةٌ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، نَعَمْ يَكْفِي مُسْتَوْرُهَا كَمَا قَالَه جَمْعٌ.

وَلَا يُكَلِّفُ إِثْبَاتُهَا إِنْ وَقَعَ النِّزَاعُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهُ احْتِجَاجُ الْمُدَّعِي إِلَى إِثْبَاتِهَا وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ إِفْتَاءُ النَّوَوِيِّ، وَلَا تُسْمَعُ بَيْنَةُ بَعْدِ الْأَهْلِيَّةِ إِلَّا مَعَ بَيَانِ السَّبَبِ كَالْجَرَحِ.

(و) خامسها: (الأمانة)، وهي لغة: ضدُّ الخيانة. وشرعًا: بِمَعْنَى الْعِفَّةِ، فَلَوْ عُبِّرَ عَنْهَا بَلْ وَعَمَّا قَبْلَهُمَا بِالْعَدَالَةِ لَكَانَ أَظْهَرَ وَأَخْصَرَ.

(١) «أساس البلاغة» (١/٦٦٦). (٢) «مختار الصحاح» (ص ٢١٣).

(٣) «المحكم والمحيط الأعظم» (١/١٠٢). (٤) «القاموس المحيط» (ص ٨٣٨).

(و) سادسها: (الإقامة) ببلد الطفل، فلو أراد أحدهما سفرَ حاجةٍ كان المُمَيِّزُ وغيره مع المقيم حتى يعودَ المُسافرُ، وذلك لخطرِ السَّفرِ طويلاً كان أو قصيراً، فإن أراد كلُّ منهما واختلفاً مقصداً وطريقاً كان عند الأم، وإن كان سفرها أطولَ ومقصدها أبعد.

فإن أراد أحدهما سفرَ نُقْلَةٍ فالأبُّ أولى به حيثُ توفَّرت فيه شروطُ الحَضَانَةِ، وإن كان هو المُسافرُ احتياطاً لحفظِ النَّسَبِ وسهولةِ الإنفاقِ ومصلحةِ نحوِ التَّعليمِ والصَّيانةِ، نعم إن صحَّبه الأمُّ وإن اختلف مقصدهما أو لم تصحبه واتَّحد مقصدهما دأماً حقُّها كما لو عادَ لمحلَّها، ومعلومٌ فيما إذا اختلف مقصدهما أنَّها تستحقُّها مدَّةَ صحبته لا غير.

وإنما يجوزُ سفرُه به بشرطِ أَمْنِ طريقه ومقصده، وصلاحيته للشُّكْنِ، وكونِ الوقتِ ليس في شدَّةِ حرٍّ أو برِّدٍ حيثُ تضرَّرَ بذلك كما قيَّده الأذرعِيُّ، فإن انتفى شرطٌ من ذلك أَقَرَّ عند المقيم.

وحيثُ جازَ السَّفرُ به لم يُمنَع من سلوكِ البحرِ كما مرَّ في الحجِّ، وليس خوفُ الطَّاعونِ مانعاً وإن وُجدت قرائنه؛ إذ الأصلُ عدمه، والقرائنُ يكثرُ تخلفُها بخلافِ تحقُّقه؛ لحرمةِ الدُّخولِ حينئذٍ إلى محلِّه والخروجِ منه لغيرِ حاجةٍ ماسَّة.

ولو نازعته في أصلِ النُّقْلَةِ صُدِّقَ بيمينه، فإن نكَلَ حَلَقَتْ وأمسكته.

ومحارمُ العصبيةِ نحوُ أخٍ وعمٍّ؛ كالأبِّ في سفرِ النُّقْلَةِ، بخلافِ مَنْ لا عُصوبةَ له كأبي أمٍّ وأخٍ لها وخالٍ، ولو أراد الأقربُ النُّقْلَةَ كالأخِ وهناك أبعدُ كالعمِّ .. كان أولى، بخلافِ الأبِّ والجدِّ لكمالِ شفقتيهما.

ومثل المحارم في ذلك ابن عمِّ لذكر، فيأخذه عند إرادته النُّقْلَةَ لِمَا مَرَّ، ولا يُعْطَى أنثى مشتهاةً حذرًا من الخلوة المُحرَّمة لانْتِفَاءَ المَحْرَمِيَّةِ بينهما، فإن رافقته أنثى محرَّم سُلِّمَتِ المَحْضُونَةُ إليها؛ لانْتِفَاءَ المَحْذُورِ حينئذٍ كما قاله بعضهم، ويؤخذُ منه أنَّها لو كانت محرَّمًا له ولو بنحو رضاع سُلِّمَتِ إليه لانْتِفَاءِ المَحْذُورِ كما سَلَفَ.

(و) سَابِعُهَا: (الْخُلُو) يَعْنِي خَلَوُ الْأُنْثَى الْحَاضِنَةِ (مِنْ زَوْجٍ) غَيْرِ أَبِي الطِّفْلِ وَإِنْ عَلَا، دَخَلَ بِهَا أَوْ لَا، وَإِنْ رَضِيَ بِهِ؛ لِمَا فِي الْخَبَرِ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»^(١)، وَلِشُغْلِهَا عَنْ بِحَقُوقِ الزَّوْجِ.

وَإِذَا سَقَطَ حَقُّ الْأُمِّ بِذَلِكَ انْتَقَلَ لَأُمِّهَا مَا لَمْ يَرْضَ الْأَبُ وَالزَّوْجُ ببقائه مع الأمِّ، وَإِنْ نَازَعَ الْأُذْرَعِيُّ فِي ذَلِكَ، أَمَّا نَاكِحَةُ أَبِي الطِّفْلِ وَإِنْ عَلَا فَحَضَانَتُهَا بَاقِيَةٌ.

أَمَّا الْأَبُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْجَدُّ فَلَأَنَّهُ وَلِيُّ تَامِ الشَّفَقَةِ، وَقَضِيَّةٌ مَا ذُكِرَ أَنَّ تَزَوُّجَهَا بِأَبِي الْأُمِّ يُبْطِلُ حَقَّهَا، وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا قَالَ بَعْضُهُمْ، وَإِنْ تَنَاقَضَ فِيهِ كَلَامُ الْأُذْرَعِيِّ.

وَيُسْتَنَى مِمَّا ذُكِرَ مَا لَوْ تَزَوَّجَتْ بَمَنْ لَهُ حَقٌّ فِي الْحَضَانَةِ فِي الْجُمْلَةِ وَرَضِيَ بِهِ، وَذَلِكَ كَعَمِّهِ وَابْنِ عَمِّهِ وَابْنِ أَخِيهِ أَوْ أُخْتِهِ؛ لِأَنَّهُمْ أَصْحَابُ حَقٍّ فِي الْحَضَانَةِ، وَالشَّفَقَةُ تَحْمِلُهُمْ عَلَى رِعَايَةِ الطِّفْلِ فَيَتَعَاوَنَانِ عَلَى كِفَالَتِهِ بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ. وَيُتَصَوَّرُ نِكَاحُ ابْنِ الْأَخِ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَتْ أُخْتُ الطِّفْلِ لِأُمِّهِ بِابْنِ أَخِيهِ لِأَبِيهِ، فَإِنَّهَا تُقَدَّمُ عَلَى ابْنِ أَخِيهِ لِأَبِيهِ.

(١) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٢٧٦)، وَالحَاكِمُ (٢/ ٢٢٥) مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا

قَالَ الْحَاكِمُ. صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَحَسَنُ الْأَلْفَاظِ فِي «إِرْوَاءِ الْعَلِيلِ» (٧/ ٢٤٤).

وإن كان المحضون رضيعاً اشترط أن ترضعه إن كانت ذات لبن لعسر استجار مربية تترك منزلها وتقبل إلى منزل الحاضنة مع الاعتناء عن ذلك بلبن الحاضنة، فإن امتنعت سقط حقها، ولها إن أرضعته أجره الرضاة والحضانة، وحينئذ يأتي هنا ما مرّ فيمن رضيت بدون ما رضيت به.

ويشترط أيضاً في حق من يباشر الحضانة بنفسه دون من يدبر الأمر ويأمره غيره سلامة الحاضنة من ألم مشغل كفاليج، أو مؤثر في عسر الحركة، ومن عسى إن احتاجت للمباشرة ولم تجد من يتولى ذلك عنها، سواء في ذلك الكبير والصغير ومن تغفل كما في «الشافي» للجزجاني. قال الأذري: وهو حسن متعين في حق غير المميز.

ومن سقه حيث صحبه حجر كما هو ظاهر، ومن جذام وبرص إن خالطه؛ لما يخشى عليه من العدوى؛ لخبر: «لا يؤرد ذو عاهة على مصحح»^(١)، ومعنى: «لا عدوى»^(٢) أنها غير مؤثرة بذاتها، وإنما يخلق الله تعالى ذلك عند المخالطة كثيراً.

(فإن اختل) بأن فقد (منها) أي من الشروط المذكورة (شروط) واحد وإن وجد باقيها (سقطت) الحضانة؛ أي: لم تكن مستحقة لمن اختل منه ذلك كما هو شأن الشرط، نعم قد لا تسقط باختلال الخلوة عن زوج، وذلك فيما لو خالغ زوجته بألف وحضانة الصغير سنة، فلا يؤثر تزوجها في أثناء السنة، وذلك لكون الاستحقاق بالإجارة، وهو عقد لازم كذا قاله بعضهم.

(١) رواه البخاري (٥٧٧١)، ومسلم (٢٢٢١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «لا يؤردن ممرض على مصحح».

(٢) رواه البخاري (٥٧١٧)، ومسلم (٢٢٢٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَيُؤْخَذُ مِنْهُ كَمَا قَالَ بَعْضُ آخَرٍ مِنْ أَنَّهُ يَجُوزُ إِسْقَاطُهَا فِي مَقَابِلَةِ دِرَاهِمٍ كَمَا فِي النُّزُولِ عَنِ الْوِظَائِفِ، فَإِنْ كُمِلَتْ نَاقِصَةٌ أَوْ طُلِّقَتْ مِنْكَوْحَةً وَلَوْ رَجْعِيًّا حَضَنْتْ حَالًا، وَإِنْ لَمْ تَنْقُضِ عِدَّتَهَا إِنْ رَضِيَ الْمُطَلَّقُ ذُو الْمَنْزِلِ بِدُخُولِ الْوَلَدِ لَهُ، وَذَلِكَ لِزَوَالِ الْمَانِعِ، وَمِنْ ثَمَّ لَوْ أَسْقَطْتَ الْحَاضِنَةُ حَقَّهَا انْتَقَلَتْ لِمَنْ يَلِيهَا فَإِذَا رَجَعَتْ عَادَ حَقُّهَا.

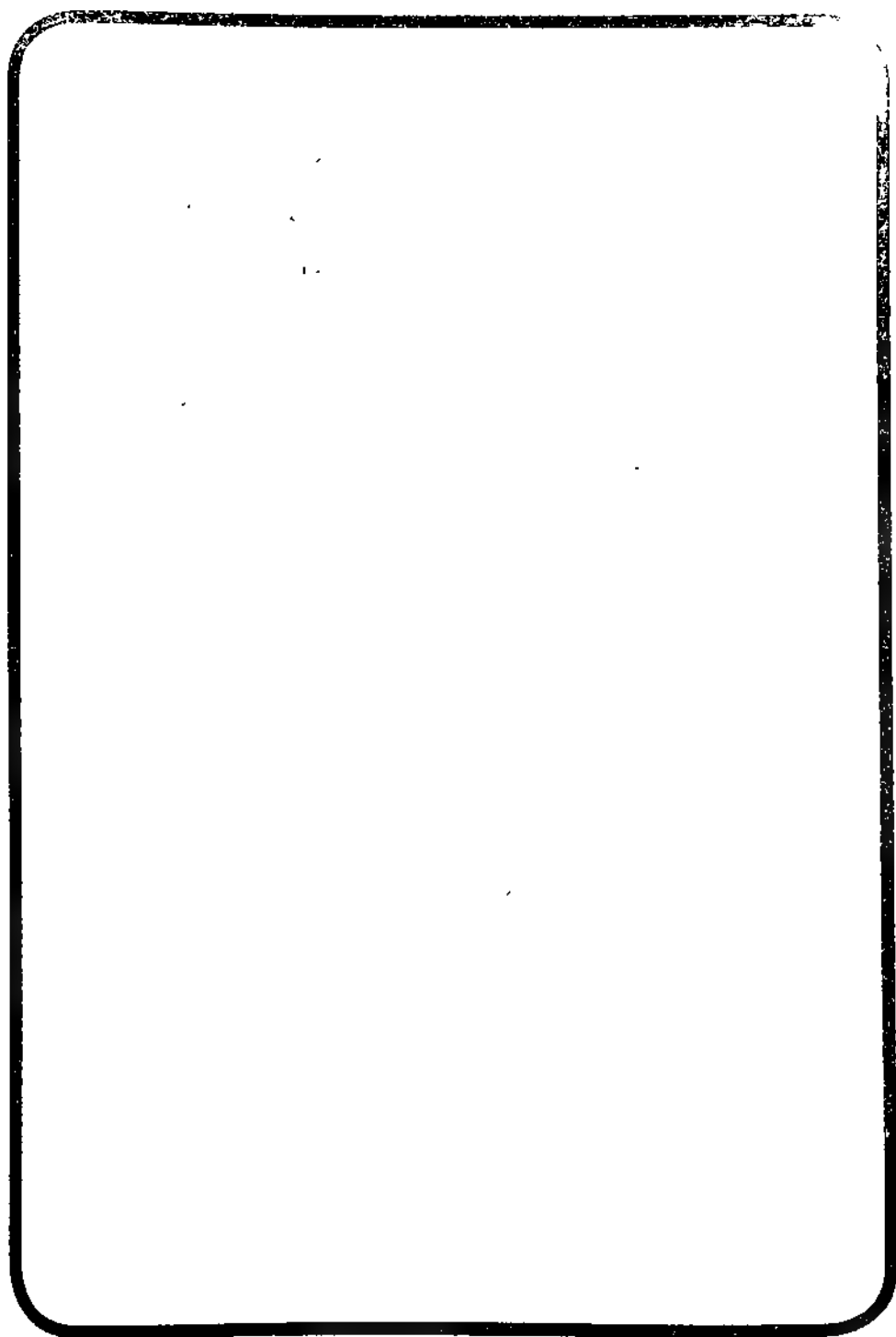
وَإِنْ غَابَتِ الْأُمُّ أَوْ امْتَنَعَتْ فَالْحَضَانَةُ لِأُمِّهَا وَإِنْ عَلَتْ، كَمَا لَوْ مَاتَتْ أَوْ جُنَّتْ، وَقَضِيَّتْهُ عَدَمُ إِجْبَارِ الْأُمِّ، وَمَحَلُّهُ حَيْثُ لَمْ تَلْزَمْهَا نَفَقَتُهُ، وَإِلَّا أُجْبِرَتْ كَمَا قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ، وَمِثْلُهَا كُلُّ أَصْلٍ يَلْزَمُهُ الْإِنْفَاقُ.

وَلَوْ قَامَ بِكُلِّ مِنَ الْأَقَارِبِ مَانِعٌ مِنَ الْحَضَانَةِ رُجِعَ فِي أَمْرِهَا لِلْقَاضِي الْأَمِينِ، فَيَضَعُهُ عِنْدَ الْأَصْلَحِ مِنْهُمْ أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ كَمَا بَحَثْنَاهُ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ، خِلَافًا لِلْمَآوَزِيِّ فِي تَفْصِيلِ ذِكْرِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ^(١).

مِنْ قَوْلِهِ: وَنَفَقَةُ الرِّقِيقِ وَالْبَهَائِمِ وَاجِبَةٌ إِلَى هُنَا شَرْحًا عَلَى يَدِ شَيْخِنَا مُحَمَّدٍ الْجَوْهَرِيِّ الْخَالِدِيِّ أَبُو هَادِي فَسَحَ اللَّهُ فِي مَدَنَةِ آمِينَ.



(١) كُتِبَ فِي هَامِشٍ (ج) «مِنْ قَوْلِهِ: وَنَفَقَةُ الرِّقِيقِ وَالْبَهَائِمِ وَاجِبَةٌ إِلَى هُنَا عَلَى شَيْخِنَا مُحَمَّدٍ الْجَوْهَرِيِّ الصَّغِيرِ الْهَادِي فَسَحَ اللَّهُ فِي مَدَنَةِ آمِينَ»





(کتابا بحنایات)



(كِتَابُ الْجَنَائِزَاتِ)

جَمْعُ جَنَازَةٍ، وَهِيَ شَامِلَةٌ لِلْقَتْلِ وَالْقَطْعِ وَنَحْوِهِمَا.

(الْقَتْلُ) يَنْقَسِمُ (عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ) أَي: أَقْسَامٍ:

(١) قَتْلُ عَمْدٍ مَخْضٍ أَي: خَالِصٍ مِنْ شَائِبَةِ الْخَطَا،

(٢) (و) قَتْلُ عَمْدٍ خَطَاً بِالْإِضَافَةِ؛ أَي: عَمْدٍ فِيهِ شَائِبَةُ الْخَطَا، وَيُسَمَّى

شِبْهُ الْعَمْدِ،

(٣) (و) قَتْلُ خَطَاٍ مَخْضٍ خَالِصٍ عَنْ شَائِبَةِ الْعَمْدِ.

(ف) الْقَتْلُ (الْعَمْدُ الْمَخْضُ) هُوَ (أَنْ يَعْمِدَ) أَي: يَقْصِدَ الْجَانِي (إِلَى) نَحْوِ

(ضَرْبِهِ) أَي: الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ ضَرَبَ ذَلِكَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ الْمُعَيَّنَ (بِمَا

يَقْتُلُ غَالِبًا) وَمِنْهُ مَا يَقْتُلُ دَائِمًا جَارِحًا كَانَ كَالسَّيْفِ وَالسَّكِينِ وَالسَّهْمِ، أَوْ لَا

كَالْعَصَا وَالْحَجَرِ الْكَبِيرَيْنِ، فَلَا بَدَّ مِنْ قَصْدِ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ بِالْجَنَازَةِ.

وَمِنْهُ مَا فِي «الرَّوْضَةِ»^(١) قَبِيلَ الدِّيَاتِ أَنَّهُ لَوْ رَمَى إِلَى جَمَاعَةٍ وَقَصَدَ إِصَابَةَ

أَيٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَأَصَابَ وَاحِدًا وَجَبَ الْقَصَاصُ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: (وَيَقْصِدُ قَتْلَهُ بِذَلِكَ) الضَّرْبُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا أَي: الَّذِي^(٢) يَقْتُلُ

غَالِبًا فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ضَرَبَهُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَقَتَلَهُ كَانَ عَمْدًا، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ قَتْلَهُ

بِذَلِكَ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَلِهَذَا لَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا جُهْلَ مَرَضِهِ ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ

دُونَ الصَّحِيحِ، أَوْ قَصَدَ تَعْزِيرَهُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا كَانَ عَمْدًا مُوجِبًا^(٣) لِلْقَوْدِ مَعَ

ظَهْوَرِ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ قَتْلَهُ بِمَا ذُكِرَ.

(٢) فِي (ج)، (ن). «أَوِ الَّذِي»

(١) «رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ» (٩/ ٢٥٤).

(٣) فِي (ش): «وَجَوَابًا».

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ بِأَنَّهُ أَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى قَصْدِ عَيْنِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، فَإِنْ مَا قَبْلَهُ لَيْسَ صَرِيحًا فِيهِ كَمَا أَشْرْنَا إِلَيْهِ، وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ.

(فَيَحِبُّ الْقَوْدُ) بفتح الواو وهو القتل، سُمِّيَ قَوْدًا؛ لِأَنَّهُمْ يَقُودُونَ الْجَانِيَّ إِلَيْهِ بِحَبْلٍ وَنَحْوِهِ حَالَةً كَوْنِ الْقَوْدِ مَتَوَجِّهًا (عَلَيْهِ) أَي: عَلَى نَحْوِ الصَّارِبِ الْمَذْكُورِ إِذَا كَانَ نَحْوُ ضَرْبِهِ ظُلْمًا مِنْ حَيْثُ الْإِتْلَافُ بِهِ، فَخَرَجَ غَيْرُ الظُّلْمِ كَالْقَتْلِ قَوْدًا أَوْ دَفْعًا لَصَائِلٍ أَوْ بَاغٍ، وَالظُّلْمُ مِنْ حَيْثُ الْعُدُولُ عَنِ الطَّرِيقِ الْمُسْتَحَقِّ كَانَ اسْتَحَقَّ حَرْزًا^(١) رَقَبَتَهُ فَقَدَّه نَصْفَيْنِ.

(فَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ) مَجَانًا أَوْ مُطْلَقًا بِأَن لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلدِّيَّةِ سَقَطَ الْقَوْدُ وَلَمْ تَجِبِ الدِّيَّةُ وَإِنْ كَانَ الْعَافِي مُحْجُورَ فَلْسٍ أَوْ سَفِهٍ أَوْ مَرِيضًا أَوْ وَارِثَ مَدْيُونٍ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْقَوْدَ عَيْنًا وَلَيْسَ فِي الْعَفْوِ عَنْهُ تَضْيِيعٌ، نَعَمْ إِنْ اخْتَارَ الدِّيَّةَ عَقِبَ عَفْوِهِ مُطْلَقًا وَجَبَتْ، أَوْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى الدِّيَّةِ وَلَوْ بَعْدَ عَفْوِهِ عَنْهَا ابْتِدَاءً سَقَطَ الْقَوْدُ، (وَوَجَبَتْ دِيَّةٌ مُغْلَظَةٌ) عَلَيْهِ، وَسَيَأْتِي بَيَانُ الدِّيَّةِ وَالتَّغْلِيزِ فِي الْفَصْلِ الْآتِي.

وَلَوْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى بَعْضِ الدِّيَّةِ جَازَ كَالْعَفْوِ عَلَى كُلِّهَا قَالَهُ الْقَاضِي، أَوْ عَلَى غَيْرِ جَنْسِ الدِّيَّةِ أَوْ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا سَقَطَ الْقَوْدُ وَوَجَبَ الْعَفْوُ عَنْهُ إِنْ قَبِلَ الْجَانِي، وَإِلَّا فَلَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ صَالَحَ بَعُوضُ فَاسِدٍ يَسْقُطُ الْقَوْدُ لِرِضَى الْجَانِي هُنَاكَ وَالتَّزَامِهِ فَرَجَعَ إِلَى الْبَدَلِ، وَلَوْ مَنَعَ مِنَ الْقَوْدِ مَانِعٌ كَوَالِدَيْهِ^(٢) وَجَبَتْ الدِّيَّةُ بِلَا عَفْوٍ.

(وَهِيَ) أَي: الدِّيَّةُ الْوَاجِبَةُ (حَالَةً) لَا مَوْجَلَةً وَكَائِنَةً (فِي مَالِ الْقَاتِلِ) يَغْنِي لَازِمَةً لَهُ دُونَ الْعَاقِلَةِ كَسَائِرِ أَبْدَالِ الْمُتَلَفَاتِ، وَلِخَبَرِ التِّرْمِذِيِّ بِذَلِكَ.

(١) فِي (ش)، (ع) 'حِزْرٌ'.

(٢) لَيْسَتْ فِي (ش).

(وَالْخَطَأُ الْمَخْضُ) ما يذكرُ (وَهُوَ) ذُو^(١) (أَنْ يَرْمِي سَهْمًا) أو غيره مثلاً (إِلَى شَيْءٍ) كصيدٍ وشجرةٍ ورجلٍ (فَيُصِيبُ رَجُلًا) آخر مثلاً (فَيَقْتُلُهُ) بذلك، وحاصله ألا يقصد عين المجني عليه لا بالخصوص ولا بالعموم، ومثله ألا يقصد نفس الفعل كأن زلَّ فوقَ علي غيره، (فَلَا قُوَّةَ) متوجِّهةً (عَلَيْهِ) بل يَحِبُّ عَلَيْهِ دِيَّةٌ مُخَفَّفَةٌ بما يأتي في الفصل الآتي (عَلَى الْعَاقِلَةِ) للقاتل سُمُوا بذلك لعقلهم الإبل بفناء دارِ المستحق، ويقال: لتحملهم العقل أي: الدِّيَّةَ عن الجاني، ويقال: لمنعهم عنه، والمنع يُسمَّى عقلاً، ومنه عقل الإنسان لمنعه من الفواحش.

وهم عصبته المجمع على توريثهم من النسب، يُقدَّمُ منهم الأقرب فالأقرب، والأقرب الإخوة ثم بنوهم وإن نزلوا، ثم الأعمام ثم بنوهم كالإرث، ويُقدَّم مُدِلُّ بَابُونٍ على مُدِلِّ بَابٍ، فإن عُدَّتْ عصبَةُ النسبِ أو لم يَفِ ما عليهم بالواجبِ فعصبَةُ الولاءِ يُقدَّمُ المُعتقُ ثم عصبته من النسبِ، ثم معتقُ المُعتقِ ثم عصبته من النسبِ وهكذا، ثم معتقُ أبي الجاني ثم عصبته من النسبِ ثم معتقُ المُعتقِ ثم عصبته من النسبِ وهكذا.

قال البلقيني^(٢): وإذا لم يوجد معتق من جهة الآباء انتقلنا إلى معتق الأم، ثم إلى عصبته، ثم إلى موالى الجدات من جهة الأم ومن جهة الأب، وموالى الذكور المُدِلِّينَ بالإناث كالجدِّ أبي الأم ومن جَرَى مَجْرَاهُ.

فإن قُتِلَتْ عصبَةُ الولاءِ أو لم يَفِ ما عليهم بالواجبِ فبيتُ المالِ في حقِّ القاتلِ المسلمِ دونَ الكافرِ.

(١) كذا.

(٢) التدريب في الفقه الشافعي، (٤/ ١٢٩).

قال الشيخان^(١): وذووا الأرحام لا يتحمّلون. قال المتولّي: إلا إذا قلنا بتوريثهم فيتحمّلون عند عدم العصبات كما يرثون عند عدمهم. انتهى.

وقضيته أنّهم يؤخّرون عن بيت المال عند انتظامه لتقدّمه في الإزث حيثئذ عليهم، ويدلّ عليه أيضًا قول شيخ مشايخنا^(٢): فإن كان تعدّد ذلك أي: أخذ الكلّ أو الباقي من بيت المال لعدم انتظام بيت المال، أخذ من ذوي الأرحام قبل الجاني. انتهى.

والإخوة للأّم أيضًا يتحمّلون كما في «الأنوار»، والظاهر كما قال شيخ مشايخنا^(٣) أنّ تحمّل الإخوة للأّم قبل ذوي الأرحام للإجماع على توريثهم.

ولا يعقل أصل ولا فرع للقاتل أو المعتق أي: وإن علّا، ولا صبي ولا مجنون ولا امرأة ولا خنثى، فإن بان ذكرًا غريم حصّته، ولا مسلم عن كافر ولا عكسه، ولا فقير ولا رقيق ولا مبعّضًا، كما قاله البلّيني^(٤).

(مؤجّلة) أي: مُقسّطة وموزّعة على العاقلة (في ثلاث سنين) في آخر كلّ سنة ثلث بأن يأخذ في آخر كلّ سنة من كلّ غني، وهو من ملك عشرين دينارًا أو قدرها فاضلة عن حاجته نصف دينار، ومن كلّ متوسط وهو من ملك ما دون العشرين وافرّق رُبّع دينار فاضلاً عن حاجته رُبّع دينار، ثمّ يجمعُ الحاصل ويشترى به الواجب من الإبل وهو ثلث الدّية.

(١) «الشرح الكبير» (١٠/٤٦٧)، و«روضة الطالبين» (٩/٣٥٠).

(٢) «أسنى المطالب» (٤/٨٥).

(٣) «أسنى المطالب» (٤/٨٤).

(٤) «التدريب في الفقه الشافعي» (٤/٩٢).

فإن كثر المُقَدَّم من العاقلة بحيث يزيّد المأخوذ منه على الواجبِ نَقَصَ منه بالقسط، وإن لم يَفِ المأخوذ منه بالواجبِ أخذَ الباقي ممَّن يليه وهكذا، فإن كان القاتل جماعة فعلى عاقلة كلِّ منهم في آخرِ كلِّ سنةٍ ثلث ما يخصُّهم.

والمُعتقون كالْمُعتق الواحد؛ لأنَّ الولاءَ لجميعهم لا لكلِّ منهم، فإن كانوا أغنياء فعلى الكلِّ نصفُ دينار، أو متوسطينَ فربُع، أو مختلفين فعلى كلِّ غني حصَّته من النصف لو كان الكلُّ أغنياء. وعلى المتوسط حصَّته من الرُّبُع لو كان الكلُّ متوسطينَ، وكلُّ واحدٍ من عصابة كلِّ مُعتق بمنزلة ذلك المُعتق؛ لأنَّ الولاءَ لكلِّ منهم فعلى كلِّ منهم حصَّة تامَّة من نصف دينار أو رُبُعِهِ بحسب حاله.

ويؤخذ ممَّا تقرَّر أنَّه يؤخذ من الأبعد إذا لم يَفِ الأقرب بالواجب، وإن كان مَحجوبًا به، وأنَّه يؤخذ من عصابة المُعتق إذا لم يَفِ ممَّن قبلهم بالواجب ولو في حياة المُعتق، وأنَّ من مات في أثناء سنةٍ لا شيء عليه، بخلاف من مات بعدها. والعبرة في الغنى والتَّوسُّط^(٥) بآخرِ كلِّ سنةٍ؛ لأنَّه وقتُ الأداء، لا بما قبله ولا بما بعده، فلو أيسرَ آخرها ولم يؤدَّ ثُمَّ أيسرَ ثبَّت دينًا في ذمَّته، ولو افتقرَ آخرها فلا شيء عليه من واجِبها وإن أيسرَ فيما بعدها.

قال الماوردِي^(٦): «ولو ادَّعى الفقر بعد الغنى حلف، ولا يكلفُ البيِّنة؛ لأنَّه إنَّما يتحمَّل بعد العلم بغناه، وفي الكمالِ بالتَّكليف والإسلامِ والحرِّيةِ بجميع المُدَّة، حتَّى لو كان بعضهم في أوَّلِ الحولِ كافرين أو رقيقًا أو صبيًّا أو مَجنونًا وكَمَّل في آخره لم تؤخذ منه حصَّة تلك السَّنة وما بعدها.

(٥) في (ن): «والتوسط».

(٦) «الحاوي الكبير» (١٢/٣٥٢).

قال الرَّافِعِيُّ^(١): لَأَنَّهُمْ لَيْسُوا أَهْلًا لِلنُّصْرَةِ بِالْبَدَنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، فَلَا يُكَلَّفُونَ النُّصْرَةَ بِالْمَالِ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَالْمُعْسِرُ كَامِلٌ أَهْلٌ لِلنُّصْرَةِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْمَالُ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ الْأَدَاءِ فَيُعْتَبَرُ وَقْتُهُ.

وفي الحاجة بما يَبْقَى في الكفارة من مسكنٍ وثيابٍ وسائرٍ ما يَكْلَفُ بِنَعْمَةٍ فيها، وقد تَقَرَّرَ في الكفارة أَنَّ الصَّحِيحَ اعتباره حاجةُ العُمَرِ الغالبِ.

وَأَنَّ الْمُتَوَسِّطَ مَنْ مَلَكَ دُونَ الْعِشْرِينَ، وَقَضِيَّةُ ذَلِكَ أَنَّ الْغَنِيَّ مَنْ مَلَكَ عِشْرِينَ دِينَارًا فَاضِلَةً عَنْ كِفَايَةِ الْعُمَرِ الْغَالِبِ، وَأَنَّ الْمُتَوَسِّطَ مَنْ مَلَكَ دُونَ الْعِشْرِينَ وَفَوْقَ الرُّبْعِ فَاضِلًا عَمَّا ذُكِرَ، وَلَا يَخْفَى إِشْكَالُهُ حِينَئِذٍ، فَإِنَّهُ حَيْثُ مَلَكَ بَعْدَ كِفَايَةِ الْعُمَرِ الْغَالِبِ قَدَّرَ وَاجِبَهُ فَقَطْ، فَمَا وَجَّهَ اعْتِبَارُ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ؟ فَإِنْ قِيلَ: لِيَتِمَّزَ الْغَنِيُّ عَنِ الْمُتَوَسِّطِ. قُلْنَا: التَّمْيِيزُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى ذَلِكَ بَخْصُوصِهِ، فَلْيُنَاقِلْ.

(وَعَمْدُ الْخَطَا) مَا يَذْكُرُ (وَهُوَ أَنْ يَقْصِدَ) عَلَى حَذْفِ الْمُضَافِ كَمَا تَقَدَّمَ (ضَرْبُهُ) مَثَلًا (بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِيًا) كَغَرَزِ إِبْرَةٍ بغيرِ مَقْتَلٍ لَمْ يَظْهَرْ أَثَرُهُ، وَضَرْبٌ غَيْرِ مُتَوَالٍ فِي غَيْرِ مَقْتَلٍ، وَشِدَّةٌ حَرٌّ أَوْ ضَرْبٌ بِسُوطٍ أَوْ عَصَى خَفِيفِينَ لِمَنْ يَحْتَمِلُ الضَّرْبَ بِذَلِكَ^(٢) (فَلَا قُوَّةَ عَلَيْهِ^(٣))، بَلْ تَحِبُّ عَلَيْهِ (وَيَبَةُ مُغْلَظَةً) بِمَا يَأْتِي فِي الْفَضْلِ الْآتِي (عَلَى الْعَاقِلَةِ) الْمُتَقَدِّمِ بَيَانُهَا (مُؤَجَّلَةً فِي ثَلَاثِ سَنِينَ) عَلَى مَا تَقَدَّمَ بَيَانُهُ.

(وَشَرَائِطُ وَجُوبِ الْقِصَاصِ) مِنَ الْقَصِّ وَهُوَ الْقَطْعُ وَمِنَهُ الْمَقْصُصُ، وَقِيلَ: مِنْ قِصِّ الْأَثَرِ إِذَا اتَّبَعَهُ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَصَّ يَتَّبِعُ الْجَانِي، وَالتَّعْبِيرُ بِهِ هَا هُنَا بَعْدَ التَّعْبِيرِ

(٢) زاد في (ج): «فَيَمُوتُ بِذَلِكَ».

(١) «الشرح الكبير» (١٠/٤٧٩).

(٣) في (ج) «بذلك».

عنه فيما سبق بالقود^(١)، لإفادة اتحادهما (أربعة):

الأول والثاني: (أَنْ يَكُونَ الْقَاتِلُ بِالْعَنَاءِ، عَاقِلًا) فلا قصاص على صبي ومجنون، ومثلهما النائم والمغمى عليه والسكران المعذور، بخلاف المعتدي بسكره؛ كمن زال عقله بسبب محرم، ولو قال: «كنت وقت القتل صبيًا أو مجنونًا» صدق بيمينه إن أمكن الصبا وعهد الجنون، أو قال: «أنا الآن صبي» وأمكن ذلك فلا قصاص، ولا يحلف، أو اتفقا على زوال عقله وأدعى هو الجنون والولي الشكر صدق هو بيمينه، ولو أقام بيته أنه كان وقت القتل مجنونًا وأقام الوارث أخرى أنه كان حينئذ عاقلًا تعارضًا كما في «أصل الروضة»^(٢).

(و) الثالث: (أَلَا يَكُونَ وَالِدًا لِّلْمَقْتُولِ) أو سيده أبا أو جدًا وإن علا من جهة الأب أو الأم، ولا والدة أمًا أو جدة وإن علّت كذلك، وقد يسميها لفظ الوالد فلا قصاص على واحد منهما بقتل ولده من ذكر أو أنثى وإن سفل وإن كان كافرًا والولد مسلمًا، ولا بقتل رقيق ولده بأن كان هرقيقًا، وهل يقتل بولده المنفني بلعان؟ وجهان أصحهما كما اقتضاه كلام «الروضة»^(٣): المنع.

(و) الرابع: (أَلَا يَكُونَ الْمَقْتُولُ أَنْقَصَ مِنَ الْقَاتِلِ بِكُفْرٍ) بأن يكونا مسلمين أو كافرين، أو القاتل كافرًا والمقتول مسلمًا (أو رقيقًا) بأن يكونا حرين أو رقيقين، أو القاتل رقيقًا والمقتول حرًا، فلا يقتل مسلم بكافر.

ويقتل الكافر بالمسلم ما لم يكن أضله كما تقدم، والكافر بالكافر وإن اختلف دينهما كيهودي ونصراني وإن أسلم القاتل، لكن لا يقتض حينئذ إلا الإمام بطلب الوارث، ولا يفوضه للكافر حذرًا من تسليط الكافر على المسلم.

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/١٥٩).

(١) في (ح): «بالقصاص».

(٣) «روضة الطالبين» (٨/٣٥٩).

وَيُقْتَلُ الْمُرْتَدُّ بِالْمُرْتَدِّ وَبِالذَّمِّيِّ، وَلَا يُقْتَلُ الذَّمِّيُّ بِالْمُرْتَدِّ، وَلَا يُقْتَلُ الْحَرْبِيُّ بِأَحَدٍ كَمَا لَا يُقْتَلُ بِهِ أَحَدٌ، وَلَوْ قَتَلَ الْمُرْتَدُّ مِثْلَهُ خَطَأً أَوْ شُبْهَ عَمِيدٍ أَوْ عَفَى عَلَى مَا لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ.

وَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِرَقِيقٍ وَلَا بِمُبْعُضٍ، وَيُقْتَلُ الرَّقِيقُ بِالْحُرِّ وَالْمُبْعُضُ بِالْحُرِّ، وَيُقْتَلُ الرَّقِيقُ بِالرَّقِيقِ وَإِنْ عَتَقَ الْقَاتِلُ، نَعَمْ لَا يُقْتَلُ الْمُكَاتَبُ بِرَقِيقِهِ وَلَوْ أَضْلَهَ كَمَا صَحَّحَهُ فِي «أَصْلِ الرِّوَضَةِ»^(١)، وَلَا يُقْتَلُ الْمُبْعُضُ بِالرَّقِيقِ وَلَا بِالْمُبْعُضِ وَإِنْ تَسَاوَا حُرِّيَّةً أَوْ زَادَتْ حُرِّيَّةُ الْمَقْتُولِ، وَإِنْ أَوْهَمَ كَلَامُهُ خِلَافَهُ، وَفُهِمَ مِنْ كَلَامِهِ أَنَّهُ يُقْتَلُ الذَّكَرُ بِالْأُنْثَى، وَالشَّيْخُ بِالشَّابِّ، وَالْعَالِمُ بِالْجَاهِلِ، وَالشَّرِيفُ بِالْخَسِيسِ، وَبِالْعَكْسِ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ.

(وَيُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ) وَإِنْ كَثُرُوا (بِالْوَاحِدِ) الَّذِي اجْتَمَعُوا عَلَى قَتْلِهِ كَأَنْ أَلْقَوْهُ مِنْ عَالٍ أَوْ فِي بَحْرٍ أَوْ جَرَحُوهُ جَرَاحَاتٍ مَجْتَمِعَةً أَوْ مُتَفَرِّقَةً وَإِنْ تَفَاوَتَتْ عَدَدًا وَفَحْشًا، وَإِنَّمَا يُعْتَدُّ بِالْجَرَاحَةِ الْمُؤَثِّرَةِ فِي الزُّهْقِ، بِخِلَافِ نَحْوِ الْخَدَشَةِ الْخَفِيفَةِ فَلَا غَيْرَ بَهَا، وَكَأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ إِلَّا مَا سِوَاهَا.

وَلِلْوَلِيِّ قَتْلُ بَعْضِهِمْ وَأَخْذُ بَاقِي الدِّيَّةِ مِنَ الْبَاقِينَ، وَلَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى أَخْذِ الدِّيَّةِ مِنَ الْجَمِيعِ، وَتَوَزُّعُ الدِّيَّةِ فِي الْحَالِيِّنَ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ لَا عَلَى عَدَدِ الْجَرَاحَاتِ فِي صَوَرَتِهَا.

وَلَوْ ضَرَبُوهُ بِنَحْوِ سِيَاطٍ فَقَتَلُوهُ قُتِلُوا إِنْ قَتَلَ ضَرْبٌ كُلُّ لَوْ انْفَرَدَ، أَوْ تَوَاطَوْا عَلَى ضَرْبِهِ وَكَانَ ضَرْبُ كُلِّ مُؤَثِّرًا فِي الزُّهْقِ، بِخِلَافِ الْجَرَاحَاتِ لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا التَّوَاطُؤُ، فَإِنْ وَقَعَتِ الضَّرَبَاتُ أَوْ بَعْضُهَا اتِّفَاقًا فَالْوَاجِبُ الدِّيَّةُ دُونَ الْقِصَاصِ،

(١) «الشرح الكبير»، (١٠/١٦٣).

وحيث وجبت الدية ابتداءً كما في هذه الحالة أو بعد العفو عنها كما في الحالتين الأولتين وُرعت على عدد الصّربات دون الرؤوس.

(وَكُلُّ شَخْصَيْنِ جَرَى) أي: صحّ أن يجري ويثبت استحقاق القصاص بينهما في النفس لو قتل أحدهما الآخر (بجري) أي: يثبت استحقاق القصاص بينهما في الأطراف والجروح إذا قطع أو جرح أحدهما الآخر، وكل شخصين لا يجري القصاص بينهما في النفس لا يجري بينهما في الأطراف والجروح، والمعنى أنه يقتص في الأطراف والجروح لمن يقتص له في النفس ولا يقتص فيها لمن لا يقتص له في النفس فيقتص فيها من البالغ العاقل للصبي والمجنون، ومن الولد للوالد، ومن الكافر للمسلم، ومن المرتد للمسلم والذمي، ومن الرقيق للمبعض والحر، دون العكس في الجميع، ومن أحد الذميين أو المرتدين أو الرقيقين للآخر، ولا يقتص من أحد المبعضين للآخر، وإن استويا في مقدار الرق والحرية.

وهذا إشارة إلى أن الشروط السابقة لقصاص النفس شروط لقصاص الطرف كما أشار إليه بقوله الآتي بعد الشرائط المذكورة، لا ضبطاً للقصاص في الأطراف على الإطلاق، فلا يردّ عليه أنه قد يجري القصاص في النفس ولا يجري في الأطراف كما لو قتل السليم الأشل، فإنه يقتص منه، ولو قطعه لم يقطع به كما يعلم ممّا يأتي.

وفرّق الرافعي^(١) أيضاً بأن قصاص النفس لصيانة الروح وقد استويا فيها، والشلل والنقصان^(٢) لا يحلّانها، وقصاص الطرف لصيانته وقد تفاوتتا فيه، وذكر الغزالي^(٣) أن قصاص الطرف يفارق النفس في شيئين: أحدهما أن قصاص

(٢) في (ش)، (ك): «والقصاص».

(١) «الشرح الكبير» (١٠/٢٠٤).

(٣) «الوسيط في المذهب» (٦/٢٨٧).

النَّفْسِ يَجِبُ بِسَرَايَةِ الْجُرْحِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي جَنَائِهَا الانضِبَاطُ، بِخِلَافِ قِصَاصِ الطَّرَفِ فِيهِمَا.

(وَشَرَائِطُ وَجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ) مِنَ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ (بَعْدَ) أَي: غَيْرَ (الشَّرَائِطِ الْمَذْكُورَةِ) لِقِصَاصِ النَّفْسِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي قِصَاصِ الْأَطْرَافِ أَيْضًا كَمَا ذَكَرَ آتِفًا، أَوْ لِقِصَاصِ الطَّرَفِ إجمالًا فِي ضَمْنِ مَا ذَكَرَ أَي: زِيَادَةً عَلَيْهَا (اِثْنَانِ) وَصَحَّ الْإِخْبَارُ بِهِ عَنِ الْجَمْعِ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْجِنْسَ أَوْ أَطْلَقَهُ عَلَى الْاِثْنَيْنِ مَجَازًا أَوْ حَقِيقَةً عَلَى قَوْلٍ:

أَحَدُهُمَا: (الِاشْتِرَاكُ) بَيْنَ الطَّرَفَيْنِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَالْمَأْخُوذِ قِصَاصًا (فِي) الْاسْمِ الْخَاصِّ) لِهَمَّا لَتَحَقَّقَ الْمُثَابَلَةُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الْقِصَاصِ، فَلَا يَكْفِي الْاِشْتِرَاكُ فِي اسْمِهَا الْعَامِّ لِقَوَاتِ الْمُثَابَلَةِ.

فَتُؤْخَذُ (الْيُمْنَى) مِنَ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ (بِالْيُمْنَى) مِنْهُمَا (و) تُؤْخَذُ (الْيُسْرَى) مِنْهُمَا (بِالْيُسْرَى) مِنْهُمَا لِلِاشْتِرَاكِ فِي اسْمِ الْيُمْنَى فِي الْأَوَّلِ وَاسْمِ الْيُسْرَى فِي الثَّانِي، وَلَا تُؤْخَذُ الْيُمْنَى بِالْيُسْرَى وَلَا الْيُسْرَى بِالْيُمْنَى وَإِنْ اشْتَرَكَا فِي مُطْلَقِ اسْمِ الْيَدِ أَوْ الرِّجْلِ.

(و) الثَّانِي: (أَلَّا يَكُونُ بِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ) الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَالْمَأْخُوذِ قِصَاصًا دُونَ الْآخَرِ (شَلَلٌ) وَهُوَ بَطْلَانُ الْعَمَلِ وَإِنْ لَمْ يَزُلْ الْحِجْسُ وَالْحَرَكَةُ، فَإِنْ كَانَ بِأَحَدِهِمَا ذَلِكَ دُونَ الْآخَرِ عِنْدَ الْجَنَائَةِ لَمْ يُؤْخَذِ السَّلِيمُ بِالْأَشْلُ وَإِنْ صَارَ السَّلِيمُ أَشْلًا وَرَضِيَ الْجَانِي لَانْتِفَاءِ الْمُثَابَلَةِ الْمَبْنِيَّ عَلَيْهَا الْقِصَاصُ، وَتَجِبُ حَكُومَةُ فِي الْأَشْلُ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْفَصْلِ الْآتِي.

وَيُؤْخَذُ الْأَشْلُ بِالسَّلِيمِ إِنْ شَاءَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ وَأَمِنْ انْقِطَاعِ الدَّمِ بِأَن كَانَتْ

أَفْوَاهُ الْعُرُوقِ تَنْسَدُ بِالْحَسَمِ بِقَوْلِ أَهْلِ الْخَبَرَةِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِدُونِ حَقِّهِ وَلَا أَرَشَ لَهُ لِلشَّلْلِ لَاسْتَوَائِهِمَا فِي الْجُرْمِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الصِّفَةِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا تَقَابِلُ بِمَالٍ، كَأَخِذِ الصَّاعِ الرَّدِيِّ بَدَلَ الْجَيِّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُؤْمَنْ ذَلِكَ لَا يُؤْخَذُ وَإِنْ رَضِيَ الْجَانِي حَذْرًا مِنْ اسْتِيفَاءِ النَّفْسِ بِالطَّرْفِ.

وَلَوْ عَمَّ الشَّلْلُ الطَّرْفَيْنِ فَإِنْ اسْتَوَى فِيهِمَا أُخِذَ كُلُّ مَنِهْمَا بِالْآخِرِ، لَا إِنْ زَالَ شَلْلُ الْجَانِي، وَإِنْ تَفَارَتْ جَارَ أَخِذُ الْأَعْلَى شَلْلًا بِالْأَدُونِ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ، لَا إِنْ زَالَ شَلْلُ الْجَانِي أَيْضًا، وَلَا يُؤْخَذُ الْأَدُونُ بِالْأَعْلَى وَإِنْ رَضِيَ الْجَانِي، وَلَا تُؤْخَذُ شَلْلَاءُ خَنْصِرٍ بِشَلْلَاءِ بَنْصِرٍ مِثْلًا لَا تَنْفَاءُ الْمُثَامِلَةِ، وَلَوْ شُلَّتْ إصْبَعَاهُ فَقَطَعَ يَدًا كَامِلَةً فَإِنْ شَاءَ الْمَجْنُونِيُّ عَلَيْهِ لِقَطْعِ الْأَصَابِعِ الثَّلَاثِ السَّلِيمَةِ وَأَخَذَ حُكُومَةً مَنَابِتِهَا وَدِيَّةَ الْإِصْبَعَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ قَطَعَ جَمِيعَ الْيَدِ وَلَا شَيْءَ لَهُ كَمَا لَوْ عَمَّ الشَّلْلُ جَمِيعَ الْيَدِ فَقَطَعَهَا وَأُولَى.

وَلَوْ قَطَعَ السَّلِيمُ يَدًا شَلْلًا فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى النَّفْسِ فَلِلْمُسْتَحَقِّ قَطْعُ السَّلِيمَةِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حَيْثُذِهُ هُوَ النَّفْسُ، وَكَالشَّلْلِ فَقَدْ الْأُظْفَارُ فَلَا يُؤْخَذُ سَلِيمُ الْأُظْفَارِ بِفَاقِدِهَا وَيُؤْخَذُ فَاقِدُهَا بِالسَّلِيمِ كَمَا يُؤْخَذُ أَحَدُ الْفَاقِدَيْنِ بِالْآخَرِ وَتَكْمُلُ دِيَّةُ فَاقِدَةِ الْأُظْفَارِ؛ لِأَنَّ الْمُثَامِلَةَ مُعْتَبَرَةٌ فِي الْقِصَاصِ دُونَ الدِّيَّةِ.

وَلَا أَثَرَ لِنُخْوِ بَرَصٍ وَتَغْيِيرِ أَظْفَارِ بَنْخَوٍ سِوَاوِ، وَتُؤْخَذُ الْأُذُنُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلْلَاءِ، وَالْأَنْفُ الصَّحِيحُ بِالْأَشْلِّ لِبَقَاءِ الْمَنْفَعَةِ مِنْ جَمْعِ الصَّوْتِ وَالرَّيْحِ.

(وَكُلُّ عَضْوٍ أُخِذَ) بِالْجِنَايَةِ (مِنْ مَفْصِلٍ) كَالْيَدِ تُقَطَّعُ مِنَ الْكُوعِ أَوْ الْمِرْفَقِ (فَقِيهِ الْقِصَاصُ) بِقَطْعِ مِثْلِهِ مِنَ الْمَجْنُونِيِّ عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ الْمَفْصِلِ، لَا مِنْ مَفْصِلٍ آخَرَ وَلَوْ دُونَ حَقِّهِ، فَلَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ مِنْ مِرْفَقِهِ فَلَهُ قَطْعُ يَدِ الْمَجْنُونِيِّ عَلَيْهِ مِنْ مِرْفَقِهِ لَا مِنْ كُوعِهِ، أَوْ مِنْ كُوعِهِ فَلَهُ قَطْعُ الْمَجْنُونِيِّ عَلَيْهِ مِنْ كُوعِهِ.

وليس له التقاط أصابعه، وذلك لعدوله عن محل الجناية مع القدرة عليه، فإن خالف عزز في الصورتين، وله في الصورة الثانية العود لقطع الكف لا طلب حكومته، بخلاف ما لو قطعه من نصف ساعده فلقط أصابعه بمتنع عليه العود لقطع كفّه؛ لأنّه لا يصل بقطع الكف لتمام حقّه.

وليس له في الصورة الأولى العود للقطع من المرفق، ولا طلب حكومة الباقي؛ لأنّه بقطعه من الكوع قنع ببعض حقّه، وفارقت الثانية بأن القاطع من الكوع مستوف لمسمى اليد، بخلاف ملتقط الأصابع.

ولو قطع من بعض العضد فله القطع من المرفق ومن الكوع وليس له العود إلى قطع المرفق، وله قطع إصبع واحدة مع أخذ حكومة العضد في الأولى والعضد والساعد في الثانية والثالثة، ومع دية أربع أصابع في الثالثة أيضًا، وليس له لقط الأصابع لتعدد الجراحات.

ولو عفى عن قطع العضد أي: القصاص الواجب لقطعه فله دية الكف وحكومتها^(١) الساعد والمقطوع من العضد، ولو قطع من بعض الساعد فله القطع من الكوع أو الدية مع حكومة الباقي، فإن لقط إصبعين فأكثر عزز ولا غرم وأهدر باقي الكف فليس له قطعه ولا طلب حكومته، وله حكومة بعض الساعد، أو قطع من بعض الكف فله لقط الأصابع وإن تعددت الجراحة مع حكومة باقي الكف، إذ ليس بعد موضع الجراحة إلا مفاصل متعددة، ولا سبيل إلى الإهمال.

وبتأمل هذه المسائل يظهر أن ضابط العود لمن قطع بعض حقّه أنه إن قطع مسمى اليد امتنع العود، وإلا فإن حصل بالعود تمام حقّه جاز، وإلا فلا، وأن

(١) في (ع): «وحكومة»

المُصَنَّفَ لم يُرَدِّ بالتَّقْيِيدِ بِالْأَخْذِ مِنَ الْمَفْصَلِ نَفْيَ الْقِصَاصِ مُطْلَقًا إِذَا كَانَ الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِهِ، بَلْ نَفْيُهُ بِالنَّسْبَةِ لِمَحَلِّ الْأَخْذِ.

(وَلَا قِصَاصَ) جَائِزٌ (فِي) سَائِرِ (الْجُرُوحِ) الَّتِي لَمْ تَتَضَمَّنْ إِبَانَةَ عَضْوٍ أَوْ بَعْضِهِ كَالْحَارِصَةِ بِالْمُهْمَلَاتِ وَهِيَ مَا يَشُقُّ الْجِلْدَ قَلِيلًا نَحْوَ الْخَذَشِ، وَالذَّامِيَةِ وَهِيَ الَّتِي تُذْيِمُهُ، وَالبَاضِعَةُ وَهِيَ الَّتِي تَقْطَعُ اللَّحْمَ بَعْدَ الْجِلْدِ، وَالمُتْلَاحِمَةُ وَهِيَ الَّتِي تَغْوِصُ فِي اللَّحْمِ، وَالسُّمْحَاقُ بِكَسْرِ السِّينِ، وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ الْجِلْدَةَ الَّتِي بَيْنَ اللَّحْمِ وَالْعَظْمِ، وَالهَاشِمَةُ وَهِيَ الَّتِي تَهْشُمُ الْعَظْمَ وَإِنْ لَمْ تُوضِّحْهُ، وَالمُنْقَلَّةُ وَهِيَ الَّتِي تَنْقُلُ الْعَظْمَ مِنْ مَحَلٍّ إِلَى آخَرَ وَإِنْ لَمْ تُوضِّحْهُ وَتَهْشُمْهُ، وَالمَأْمُومَةُ وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى خَرِيطَةِ الدِّمَاغِ الْمُحِيطَةِ بِهِ، وَهِيَ أُمُّ الرَّأْسِ، وَالدَّامِغَةُ وَهِيَ الَّتِي تَخْرِقُ تِلْكَ الْخَرِيطَةَ وَتَصِلُ إِلَيْهِ.

(إِلَّا) الْقِصَاصَ (فِي الْمَوْضِعَةِ) فِي الرَّأْسِ أَوْ الْوَجْهِ أَوْ غَيْرِهِمَا مِنْ بَقِيَّةِ الْبَدَنِ، وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ الْعَظْمَ بَعْدَ خَرْقِ الْجِلْدَةِ^(١) الَّتِي عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَرِ الْعَظْمُ لِيَصْغُرِ الْجُرْحُ كَغُرَزِ إِبْرَةٍ وَصَلَتْ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ لَتَبْسُرِ ضَبْطُهَا وَاسْتِفَاءِ مِثْلِهَا.

وَالْعِبْرَةُ فِيهَا بِالْمِسَاحَةِ فَيُقَاسُ مِثْلُهَا طُولًا وَعَرْضًا مِنْ رَأْسِ الْجَانِبِيِّ أَوْ وَجْهِهِ مِثْلًا، وَيَخْطُ عَلَيْهِ بِنَخْرِ سَوَادٍ وَيُوضَّحُ بِنَخْرِ الْمُوسَى.

وَلَا أَثَرَ لَتَفَاوُتِ اللَّحْمِ وَالْجِلْدِ غِلْظًا وَغَيْرَهُ بِخِلَافِ التَّفَاوُتِ بِالشَّعْرِ، فَلَوْ كَانَ بَرَأْسِ الْجَانِبِيِّ شَعْرًا دُونَ رَأْسِ الْمَجْنُونِيِّ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ لِفَسَادِ مَنْبِتِ الْمَجْنُونِيِّ عَلَيْهِ فَلَا قِصَاصَ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِتْلَافٍ شَعْرٍ لَمْ يَتْلَفْهُ الْجَانِبِيُّ، وَإِلَّا فَالْقِصَاصُ، وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ حَمَلَ ابْنُ الرَّفْعَةِ^(٢) كَلَامَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ.

(١) فِي (ج): «الْجِلْد».

(٢) «النَّسْرُ الْكَبِيرُ» (١٠/٢٢٦).

ولا يُوضَّحُ في الرَّأسِ عن موضحة الوجه ولا عكسِهِ، ولا تَكْمُلُ موضحةُ أحدهما مِنَ الآخرِ حتَّى لو أَوْضَحَ رَأْسًا ورَأْسُهُ أَصْغَرُ اسْتَوْعَبَ بِالْإِيضَاحِ، وَلَا يُتِمُّ مِنَ الوجهِ وَالْفَقَا، بَلْ يُؤْخَذُ قِسْطُ الْبَاقِي مِنَ أَرْضِ الْمُوضحةِ لو وُزَّعَ عَلَى جَمِيعِهَا، بِخِلَافِ مَا لو أَوْضَحَ نَاصِيَةً وَنَاصِيَتُهُ أَصْغَرُ فَتَوْضَّحُ نَاصِيَتُهُ وَتَكْمُلُ عَلَيْهَا مِنَ بَاقِي رَأْسِهِ؛ لِأَنَّ الرَّأْسَ كُلَّهُ عَضْوٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ كَانَ رَأْسُهُ أَكْبَرَ أُخِذَ قَدْرُ رَأْسِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَقَطْ، وَالْخِيَرَةُ فِي مُحَلِّهِ لِلْجَانِبِيِّ.

ولو أَوْضَحَهُ جَمَاعَةٌ بَأَن تَحَامَلُوا عَلَى الْآلَةِ وَجَرُّوْهَا مَعًا أَوْضَحَ مِنْ كُلِّ مِنْهُمْ مِثْلُ تِلْكَ الْمُوضحةِ لَا قِسْطَ مِنْهَا فَقَطْ؛ إِذَا مِنْ جِزْءٍ إِلَّا وَكُلُّ مِنْهُمْ جَانٍ عَلَيْهِ، فَهُوَ كَمَا لو اشْتَرَكُوا فِي قِطْعِ عَضْوٍ، فَلَوْ آلَ الْأَمْرُ إِلَى الْأَرْضِ وَجَبَ عَلَى كُلِّ مِنْهُمْ أَرْضٌ كَامِلٌ كَمَا رَجَّحَهُ الْإِمَامُ، أَوْ قِسْطُهُ فَقَطْ كَمَا قَطَعَ بِهِ الْبَغَوِيُّ^(١) وَالْمَاوَرَدِيُّ^(٢).

وخرَجَ بِتَقْيِيدِ الْجُرُوحِ بِمَا تَقَدَّمَ: مَا إِذَا تَضَمَّنَتْ إِبَانَةَ عَضْوٍ كَالْيَدِ وَالرَّجْلِ فِيهَا الْقِصَاصُ كَمَا تَقَدَّمَ، أَوْ عَلَى إِبَانَةِ بَعْضِ عَضْوٍ، فَإِنْ كَانَ فِي مَفْصِلٍ كَالْيَدِ وَالرَّجْلِ فَلَا قِصَاصَ لِمَكَانِ الْعُرُوقِ وَالْأَعْصَابِ، فَلَا يَتَأْتَى الضَّبْطُ وَاسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ، وَإِلَّا وَجَبَ كَمَا فِي الْمَارِنِ وَالْأَذُنِ وَالشَّفَةِ وَاللِّسَانِ وَالْحَشْفَةِ، وَيُقَدَّرُ الْمَقْطُوعُ بِالْجِزْيَةِ كَالثُلُثِ وَالرُّبْعِ، لَا بِالْمِسَاحَةِ؛ لِثَلَاثٍ يُؤْخَذُ عَضْوٌ بِبَعْضٍ آخَرَ.



(١) الشرح الكبير (١٠/٢٢٦)

(٢) الحاوي الكبير (١٢/٣٢).

(فَصْلٌ)
فِي الدِّيَّةِ

(وَالدِّيَّةُ عَلَى صَرَبَيْنِ):

(١) (مُغْلَظَةٌ) وذلك إذا كان القتلُ عمدًا أو شبهَ عمدٍ كما عُلِمَ ممّا مرَّ، أو كان خطأً في بعضِ الصُّور كما سيأتي،

(٢) (وَمُحَقَّقَةٌ) وذلك إذا كان خطأً كما عُلِمَ ممّا مرَّ إلّا في بعضِ الصُّور الآتي.

(فَالْمُغْلَظَةُ) في الحرِّ الذَّكَرِ المُسْلِمِ غَيْرِ الْجَنِينِ (مِئَةٌ مِنَ الْإِبِلِ) مِثْلَتُهُ (ثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ خَلِيقَةً) بفتح الخاء وكسر اللام وبالفاء وهي الحاملُ أي: أربعون ناقةً (فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا) بقولِ عدلين من أهلِ الخبرة وإن لم تبلغ خمسَ سنين، وذلك لثبوته في خبرِ الترمذي^(١) في العمْدِ وخبرِ أبي داود^(٢) في شبههِ.

فلو ماتت بعد قبضها وشقَّ بطنها فبانت حائلاً غريمها وأخذَ بدلها حاملاً، وإن لم تمت وتنازَعَا فادَّعى المُستَحِقُّ أَنَّهُ لم يكن بها حملٌ والدَّافعُ إسقاطها عنده وأمكن الإسقاطُ صدقٌ إن أخذها المُستَحِقُّ بقولِ العدلين وإن لم يُمكن الإسقاطُ، أو أخذها بقولِ الدَّافعِ صدقُ المُستَحِقِّ بلا يمينٍ في الأولى ويمينٍ في الثانية.

(وَالْمُحَقَّقَةُ) في الحرِّ المذكورِ (مِئَةٌ مِنَ الْإِبِلِ) مخمسة (عِشْرُونَ بَنَتْ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بَنَتْ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنُ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ

(١) «جامع الترمذي» (١٣٨٧) من حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) «سنن أبي داود» (٥٨٨) من حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

جَذَعَةً) لَخَبَرِ التَّرْمِذِيِّ^(١) وَغَيْرِهِ بِذَلِكَ، وَالْمُرَادُ مِنَ الْحِقَاقِ وَالْجِدَاعِ الْإِنَاثُ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الْمِثَّةُ فِي الْحَالِثِينَ إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ حُرًّا، فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ رَقِيقًا فَالْوَاجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ وَالْمِثَّةِ.

وَالْعِبَرَةُ فِي الْإِبِلِ بِغَالِبِ إِبِلِ الدَّافِعِ مِنْ جَانِبٍ وَعَاقِلَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِبِلٌ فَبِغَالِبِ إِبِلِ مَحَلِّهِ مِنْ بَلَدٍ أَوْ غَيْرِهِ، هَذَا مَا فِي «الْمَنْهَاجِ»^(٢) كـ «الْمُحَرَّرِ» تَبَعًا «لِلْمَهْدَبِ»^(٣) وَغَيْرِهِ، وَالَّذِي فِي «الرَّوْضَةِ»^(٤) وَنَقَلَهُ فِي «أَصْلِحِهَا»^(٥) عَنِ «التَّهْذِيبِ» التَّخْيِيرُ بَيْنَ إِبِلِهِ وَإِبِلِ مَحَلِّهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَنْوَاعُ إِبِلِ مَحَلِّهِ وَلَا غَالِبَ فَالْخَيْرَةُ إِلَى الدَّافِعِ، أَوْ أَنْوَاعُ إِبِلِهِ فَقَالَ الْمُتَوَلَّى^(٦): يُؤْخَذُ مِنَ الْأَكْثَرِ.

فَإِنْ اسْتَوَيَا فَمِمَّا شَاءَ الدَّافِعُ^(٧)، وَاعْتَمَدَهُ فِي «الرَّوْضِ»^(٨)، وَقَالَ غَيْرُهُ: يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ بِقْسَطِهِ إِلَّا أَنْ يَنْبَرِّعَ بِالْأَشْرَفِ فَيُجْبِرُ الْمُسْتَحِقُّ عَلَى أَخْذِهِ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الرَّافِعِيِّ^(٩) وَالْمُؤَافِقُ لِمَا تَقَدَّمَ فِي إِبِلِ مَحَلِّهِ، وَلَعَلَّ الْمُرَادَ بِالْغَالِبِ هُنَا الْغَالِبُ وَجُودًا لَا الْأَكْثَرُ لِيَتَأْتِيَ هَذَا الْخِلَافُ فِي أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنَ الْأَكْثَرِ أَوْ مِنْ كُلِّ بِقْسَطِهِ؛ إِذْ لَوْ أُرِيدَ بِالْغَالِبِ الْأَكْثَرُ لَزِمَ التَّكَرُّارُ عَلَى قَوْلِ الْمُتَوَلَّى وَالْمُنَاقِضَةُ عَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ، بَلْ وَعَلَى قَوْلِهِ أَيْضًا إِنْ كَانَ مَفْرُوضًا عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْغَلْبَةِ؛ فَلْيَتَأَمَّلْ.

وَبَحَثَ^(١٠) الْبُلْقِينِيُّ فِيمَا إِذَا وَجِبَتْ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَا إِبِلَ فِيهِ تَعَيَّنَ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ جِهَةُ الْإِسْلَامِ، وَاعْتِبَارُ بَلَدٍ بَعِيْنَهَا تَحْكُمُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِمَحَلِّهِ إِبِلٌ مُطْلَقًا

(١) «جامع الترمذي» (١٣٨٦) من حديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٧٩).

(٣) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (٢/٣١٢).

(٤) «الشرح الكبير» (١٠/٣٢٣).

(٥) «أسنى المطالب» (٤/٤٩).

(٦) «الشرح الكبير» (١٠/٣٢٣).

(٧) «جامع الترمذي» (١٣٨٦) من حديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٨) «منهاج الطالبين» (ص ٢٧٩).

(٩) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (٢/٣١٢).

(١٠) «الشرح الكبير» (١٠/٣٢٣).

أو بصفة الواجب فبالغ إبِل أقرب المحالِّ إليه، والمراد به ما لا يزيد مؤنة نقل الإبل منه مع قيمتها على ثمنٍ مثلها بمحلٍّ فقدِّها على ما نقله الشيخان^(١) عن الإمام بعد نقلهما عن إشارة بعضهم الضبط بدون مسافة القصير.

(فإن عُدِمَتِ الإبل) في المحلِّ الذي يجبُ تحصيلها منه حساً، أو شرعاً بأن لم توجد فيه بالصفة الواجبة، أو وجدتْ بأكثر من ثمنِ المثل (انتقل) الحقُّ (إلى قيمتها) أو المعنى انتقل الدافع من وجوب دفعها إلى وجوب دفع قيمتها وقت وجوب التسليم من غالب نقد محلِّ العدم؛ لأنها بدلٌ مُتلف.

وينبغي أن يُراد بمحلِّ العدم بلدُ الجاني إن كان وُجدَ فيها إبِلٌ قبل ذلك، لكنها عُدِمَت منها ولم توجد بأقرب البلاد وأقرب بلدٍ إليها إن لم يكن بها إبِلٌ قبل ذلك وُجدَ بالأقرب لكنه عُدِمَ، فإن لم يوجد شيءٌ قبل لا ببلده ولا بالأقرب فينبغي اعتباره ببلده؛ لأنها الأصلُ وإنما يعدلُ إلى غيره عند الوجود فيه، لكن أيُّ نوع يُعتبر حينئذٍ فإن أنواع الإبل لا تنضبط، إلا أن يُقال: يُعتبر النوعُ الغالبُ وجوده مع الناسِ أو أقلُّ الأنواع؛ لأنه لو وُجدَ هناك لأجزأ، وأيُّ نوعٍ اعتبر وجب قبوله؛ لأنه إمَّا الأقلُّ أو أعلى منه، فليُتامل.

فإن أخذتِ القيمةُ ثم وُجدتِ الإبل فلا تَراد لانفصالِ الأمر. وإن قال المستحقُّ: أنا أصبر حتى توجد الإبل وجبَ إجابته؛ لأنَّ الإبل هي الأصلُ، بخلاف ما إذا لم تُعدَمِ الإبل، فإنه لا يعدلُ إلى قيمتها إلا بالتراضي فيجوزُ، واعتُرض هذا بما ذكروه في الصلح أنه لا يجوزُ الصلحُ عنها بالتراضي لجهالتها، وأجاب ابنُ الرِّفعة بحملِ ذاك على ما إذا كانت مجهولة الصِّفة، وهذا على ما إذا كانت معلومتها، هذا في الجديد.

(١) «الشرح الكبير» (١٠/٣٢٢)، و«روضة الطالبين» (٩/٣٦٠ - ٣٦١).

(وَقِيلَ) وهو القديم: (يَنْتَقِلُ) الْحَقُّ أَوْ الدَّافِعُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ (إِلَى أَلْفِ دِينَارٍ، أَوْ) إِلَى (أَنْتَى عَشَرَ أَلْفِ دِرْهَمٍ) فَضَّةً (..) ^(١).

(وَتُغْلَظُ دِيَةُ الْخَطَا) الْمَحْضِ بِالتَّثْلِيثِ (فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ): وَأَبْدَلَ مِنَ الْجَارِّ وَالْمَجْرُورِ قَوْلَهُ:

(١) (إِذَا قُتِلَ فِي الْحَرَمِ) أَي: حَرَمِ مَكَّةَ كَمَا هُوَ الْمُتَبَادَرُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ بِأَن كَانَ الْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ أَوْ أَحَدُهُمَا كَلًّا أَوْ بَعْضًا فِي الْحَرَمِ، وَكَذَا لَوْ كَانَا جَمِيعًا فِي الْحَلِّ وَمَرَّ السَّهْمُ فِي الْحَرَمِ كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ الْحَاقِ ذَلِكَ بِجَزَاءِ الصَّيْدِ، وَإِنْ اسْتَبَعَدَهُ الْبُلْقَيْنِيُّ، وَشِمِلَتْ عِبَارَتُهُ مِنْ حُرْمٍ دَخُولُهُ الْحَرَمَ كَالذَّمِّيِّ، وَبِهِ صَرَحَ الْبَغَوِيُّ، وَقَالَ الْمُتَوَلَّى ^(٢): لَا تَغْلِظُ فِيهِ؛ لِأَنَّ سَبِيهَ ثُبُوتِ زِيَادَةِ الْأَمْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مُمْكِنٍ مِنْ دَخُولِهِ ^(٣)، وَوَافَقَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ ^(٤) وَقَوَّاهُ غَيْرُهُ مِنْ جِهَةِ الْمَدْرِكِ.

وَخَرَجَ بِالْحَرَمِ الْإِحْرَامُ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ عَارِضَةٌ، وَبِحَرَمِ مَكَّةَ حُرْمُ الْمَدِينَةِ بِنَاءً عَلَى الْجَدِيدِ مِنْ عَدَمِ ضَمَانِ صَيْدِهِ.

(٢) (أَوْ) قَتَلَ (فِي الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ) ذِي الْقَعْدَةِ وَذِي الْحِجَّةِ وَالْمُحَرَّمِ وَرَجَبٍ، قَالَ فِي «شرح مسلم» ^(٥): الْأَخْبَارُ تَظَاهَرَتْ بَعْدَهَا عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ،

(١) بَيَاضٌ فِي (ع)، وَكُتِبَ مَكَانَهُ فِيهَا بِخَطٍ مُخَالَفٍ لَعَلَّهُ خَطُ الْإِمَامِ الْجَوْهَرِيِّ، وَكَذَا فِي (ج): «الْخَبَرُ فِيهِ صَحِيحٌ، وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى تَعْيِينِ الذَّهَبِ عَلَى أَفْلِهِ وَالْفَضَّةِ عَلَى أَهْلِيهَا، وَهُوَ مَا عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ، وَلَا نَغْلِظُ هُنَا عَلَى الْأَصَحِّ، وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ الْقَدِيمَ إِنَّمَا يَقُولُ بِذَلِكَ عِنْدَ الْفَقْدِ فَهُوَ كَذَلِكَ». وَكُتِبَ بِهَامِشٍ (ع): «كَذَا وَجَدَ الْبَيَاضُ فِي نَسْخَةِ الْمَوْلَفِ، وَفِيهِ نَقْصٌ لِلْمَسْأَلَةِ». ثُمَّ كُتِبَ بَعْدَهُ بِخَطٍ آخَرَ لَعَلَّهُ خَطُ الْإِمَامِ الْجَوْهَرِيِّ: «وَقَدْ أَكْمَلْنَاهَا مِنْ شَرْحِ (م ر) بِالْهَرْفِ».

وَكَذَا مَوْضِعُهُ بَيَاضٌ فِي (ن) وَكُتِبَ بِحَاشِيَتِهَا «هَكَذَا بَيَاضُ بَحْطِ الْمَوْلَفِ وَفِيهِ نَقْصٌ مِنَ الْمُتَنِّ وَالْشَرْحُ فَلْيَرَأِجِعْ فِي الْخُطْبَةِ».

(٣) «أَسَى الْمَطَالِبِ» (٤٧/٤).

(٢) فَوْقَهُ فِي (ع): «مُعْتَمِدٌ».

(٤) «كَفَايَةُ النَّبِيِّ فِي شَرْحِ النَّبِيِّ» (١٦/٦٦ - ٦٧). (٥) «شرح النووي على مسلم» (١٦٨/١١).

فهو الصَّوابُ خلافَ مَنْ بدأ بالمُحَرَّمِ ليكونَ مِنْ سَنَةٍ واحدةٍ، واختَصَّ المُحَرَّمُ بالتَّعْرِيفِ لكونه أوَّلَ السَّنَةِ، فكأنَّهم قالوا: الذي يكونُ دائماً أوَّلَ العامِ، ولا بدَّ مِنْ وقوعِ الفعلِ والزَّهْوِ فِيهَا بخلافِ ما سَبَقَ فِي الحَرَمِ.

(٣) (أَوْ قَتَلَ ذَا رَحِمٍ) أي: قِرابية (مَحْرَمٍ) مِنْ الرَّحِمِ؛ كالأُمِّ والأَخْتِ، بخلافِ ذِي الرَّحِمِ غَيْرِ المُحَرَّمِ كِبْنَتِ العَمِّ وابنِ العَمِّ، وذِي الرَّحِمِ المُحَرَّمِ مِنَ الرِّضَاعِ أو المصاهرة كِبْنَتِ عَمٍّ هي أختٌ مِنَ الرِّضَاعِ أو أُمُّ زوجتِهِ، وذلكَ لِحُرْمَةِ الثَّلَاثَةِ لِمَا وَرَدَ فِيهَا.

وإنَّما لم يُلْحَقْ رمضانُ بالأشهرِ الحُرُمِ وإن كان سَيِّدَ الشُّهُورِ؛ لأنَّ الْمُتَّبِعَ فِي ذَلِكَ التَّوْقِيفُ، قال تعالى: ﴿فَلَا تَقْلِبُوا فِيهِ أَنْفُسَكُمْ﴾^(١) مع أنَّ الظَّلَمَ مُحَرَّمٌ فِي غَيْرِهَا أَيْضًا.

(وَدِيَّةُ الْمَرْأَةِ) الْحُرَّةِ (عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَّةِ الرَّجُلِ) الْحُرِّ؛ لَخَبَرِ الْبَيْهَقِيِّ^(٢) بِذَلِكَ، وَكَالْمَرْأَةِ الْخُنْثَى؛ لِلشَّكِّ فِي زِيَادَتِهِ عَلَيْهَا.

(وَدِيَّةُ) كُلِّ مِنْ (الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ) إِذَا كَانَ لَهُ أَمَانٌ (ثُلُثُ دِيَّةِ الْمُسْلِمِ) أَخْذًا مِنْ خَبَرِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ.

(وَدِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ) وَالْوَثْنِيِّ وَعَابِدِ الشَّمْسِ وَالْقَمَرِ وَالزَّنْدِيقِ وَنَحْوِهِمْ إِذَا كَانَ لَهُمْ أَمَانٌ (ثُلُثَا عَشْرِ دِيَّةِ الْمُسْلِمِ) وَذَلِكَ سِتَّةُ أْبْعَرَةٍ وَثَلَاثَانِ، وَدِيَّةُ أَنْثَى الْمَذْكُورِينَ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَّتِهِمْ، بخلافِ مَنْ لَا أَمَانٌ لَهُ كَالْمُرْتَدِّ وَالْمُرْتَدَّةِ، فَلَا دِيَّةَ لَهُ لِعَدَمِ عَصَمَتِهِ.

وَالْمُتَوَلِّدُ بَيْنَ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ دِيَّتُهُ كَدِيَّةِ الْكَتَابِيِّ اعْتِبَارًا

(٢) «السنن الكبير» (١٦٧٣٨)

(١) سورة التوبة: ٣٦.

بالأكْثَرِ، سواءُ أَكانَ أبَا أم أُمًّا كما جَزَمَ به الرَّافِعِيُّ^(١) وغيرُه في الجِزْيَةِ، ونَقَلَهُ المَآوِزِيُّ^(٢) عن «الأم»، وسيأتي أَنَّ دِيَةَ العَبْدِ قِيَمَتُهُ، وَأَنَّ دِيَةَ الجَنِينِ الحُرِّ عَبْدٌ أو أُمَةٌ، والرَّقِيقُ عَشْرُ قِيَمَةِ أُمَّةٍ.

وَيَدْخُلُ التَّغْلِيظُ والتَّخْفِيفُ دِيَةَ المَرَأَةِ وَمَنْ ذُكِرَ بَعْدَهَا، وَيَدْخُلُ الجُرُوحُ أيضًا، وَلَا يَدْخُلُ قِيَمَةُ العَبْدِ بَلْ فِيهِ قِيَمَةٌ يَوْمَ التَّلْفِ، ففِي قَتْلِ المَرَأَةِ عَمْدًا أو شُبْهَةً خَمْسَ عَشْرَةَ حَقَّةً وخَمْسَ عَشْرَةَ جَذْعَةً وَعَشْرُونَ خَلْفَةً، وَفِي قَتْلِهَا خَطَأً عَشْرُ بَنَاتٍ مَخَاضٍ وَعَشْرُ بَنَاتٍ لَبُونٍ وَهَكَذَا.

وَفِي قَتْلِ اليَهُودِيِّ أو النَّصْرَانِيِّ عَمْدًا أو شُبْهَةً عَشْرُ حِقَاقٍ وَعَشْرُ جَذَعَاتٍ وَثَلَاثَ عَشْرَةَ خَلْفَةً وَثَلْثٌ، وَفِي قَتْلِ خَطَأً سِتَّةً وَثَلَاثِينَ مِنْ كُلِّ مِنْ بَنَاتٍ مَخَاضٍ وَبَنَاتٍ لَبُونٍ (وَبَنِي لَبُونٍ)^(٣) وَحِقَاقٍ وَجَذَعَاتٍ، وَفِي قَتْلِ مَجُوسِيٍّ عَمْدًا أو شُبْهَةً حَقَّتَانِ وَجَذَعَتَانِ وَخَلْفَتَانِ وَثَلَاثِينَ، وَفِي قَتْلِ خَطَأً بَعِيرٌ وَثَلْثٌ مِنْ كُلِّ سَنٍّ مَمَّا مَرَّ، وَفِي المَوْضُحَةِ عَمْدًا أو شُبْهَةً حَقَّةً وَنِصْفٌ وَجَذْعَةً وَنِصْفٌ وَخَلْفَتَانِ، وَفِيهَا خَطَأً بَعِيرٌ مِنْ كُلِّ سَنٍّ مَمَّا مَرَّ.

(وَتُكْمَلُ دِيَةُ النَّفْسِ) أَي: نَفْسِ المَجْنُونِ عَلَيْهِ (فِي اليَدَيْنِ) بِإِبَانَتِهِمَا مِنَ الكُوعَيْنِ أو بِالتَّقَاطِ أَصَابِعِهِمَا، فَإِنَّ أَبَانَهُمَا مِنَ السَّاعِدِ فَمَا فَوْقَهُ وَجَبَ أيضًا حُكْمَةُ الزَّائِدِ أو عَادَ بَعْدَ لِقْطِ الأَصَابِعِ وَأَبَانَ الكَفَيْنِ أو أَحَدَهُمَا وَجَبَتْ حُكْمَتُهُمَا أيضًا لِاخْتِلَافِ الجَنَائِيَةِ.

(و) فِي (الرُّجْلَيْنِ) وَلَوْ مِنْ أَعْرَجٍ وَمَنْ تَعَطَّلَ مَشْيُهُ بِكُسْرِ ظَهْرِهِ بِإِبَانَتِهِمَا مِنَ الكَعْبَيْنِ أو بِالتَّقَاطِ أَصَابِعِهِمَا، فَإِنَّ أَبَانَهُمَا مِنَ فَوْقِ الكَعْبَيْنِ أو عَادَ بَعْدَ لِقْطِ

(٢) «الحاوي الكبير» (١٢/٣١١).

(١) «الشرح الكبير» (١٠/٣٣٠).

(٣) لَبَسَ فِي (ح)، (ع).

الأصابع وأبَانَ القدمينِ أو أحدهما فكما مرَّ في اليدين، وفي الواحدة من اليدينِ أو الرجلينِ نصفُ الدِّية، وفي الأشلِّ من ذلك حكومةٌ كما سيأتي.

(و) في (الأنف) ولو لأخشم سواءً اقتصرَ على إبانة المارين وهو ما لأن منه وهو ثلاث طبقات: طرفانٍ وحاجزٌ بينهما، أو أبانَ معه القصة فلا تُفردُ بحكومة، بخلافِ نحوِ السَّاعدِ والسَّاقِ كما تقدَّم، وفَرَّقَ بأنَّ (..) ^(١)، وفي كلِّ من طرفي المارين والحاجزِ ثلثُ الدِّية.

(و) في (الأذنين) ولو لأصمَّ بقطعيهما أو قلعهما أو إيباسهما، فإن حصلَ مع قطعيهما أو قلعهما إيضاحٌ وجَبَ أَزْشُ مُوضَحَتَيْنِ أيضًا، وفي الواحدة منهما نصفُ الدِّية، وفي الأشلِّ منهما أو من أحدهما الحكومة، وتقدَّم أنَّه تُقطعُ الأذنُ الصحيحةُ بالشَّلَاءِ، ووجهُ ذلك بأنَّه لا تلازمُ بينَ القصاصِ والدِّية.

(و) في (العَيْنَيْنِ) بفقتهما ولو لنحوِ أعمشٍ وهو ضعيفُ الرؤية مع سيلانِ الدَّمعِ غالبًا، أو كان بهما بياضٌ لا ينقصُ الضَّوءَ، فإن نقَصَه فالواجبُ قسْطُ من الدِّية بنسبةِ النقصِ إن انضبطَ، وإلا فحكومة، وفَرَّقَ بينه وبين الأعمشِ بأنَّ البياضَ نقصُ الضَّوءِ الذي كان في أصلِ الخَلْقَةِ، وعينُ الأعمشِ لم ينقصْ ضوؤها عمَّا كان في الأصلِ، قاله الرَّافِعِيُّ ^(٢). قال جمعٌ: ويؤخذُ منه أنَّ العَمَشَ ^(٣) لو تولَّدَ من آفةٍ أو جنايةٍ لم تكْمُلِ الدِّيةُ.

(١) بياض بمقدار ثلاث كلمات، وكتب بحاشية كل من (ج)، (ش)، (ك): «بياض بأصله».

وكذا بياض في (ع) إلا أنه كتب مكانه بخط مخالفٍ لعله خط الإمام الجوهري: «بأنه ليس يتابع بخلاف القصة» وكتب بهامشها: «كذا بياض بالأصل». وكتب بعدها بخط مخالفٍ لعله خط الإمام الجوهري: «وقد كتبنا فيه فرق الرملي في شرحه».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/٣٥٨).

(٣) في (ج): «العمش».

وأقول: قد يُؤخذُ منه أيضًا أنَّ البياض لو كان خلقياً غير طارئٍ لكن نقصَ به الضوء عن عادةِ أمثاله وجبَ كمالُ الدِّيةِ فليُتأملَ فيه، وفي الواحدةِ منهما نصفُ الدِّيةِ ولو لنحوِ أعورٍ، وهو فاقدُ بصرِ الأخرى.

(و) في (الجُفُونِ الْأَرْبَعَةِ) ولو لأعمى بقطعها أو إحشائها، ويدخلُ فيها حكومةُ الأهدابِ، فإن كان ذلك مع فتقِ العينينِ وجبتَ ديتانِ، وفي كلِّ جفنٍ رُبْعُ ديةٍ، وفي المُستحشفِ من ذلك حكومةٌ، وكذا في الأهدابِ إن فسَدَ منبُتها، وإلا فالتعزيرُ.

(و) في (اللِّسَانِ) ولو ذاهبَ نصفُ الكلامِ بجناية^(١) بلا قطعِ شيءٍ منه لبقاءِ المنفعةِ فيه، والمُرَادُ لسانُ الناطقِ ولو الكَنَ وأرثَ وألثَغَ، وطفلٌ وإن لم يبلغْ أو أن النطقَ والتَّحرِيكَ، فإن بلغَهما ولم يوجدَا منه فحكومةٌ، وفي قطعِ بعضِهِ مع بقاءِ نطقِهِ حكومةٌ لا قسْطَ من الدِّيةِ، إذ لو وجبَ لزمَ إيجابُ الدِّيةِ الكاملةِ في لسانِ الأخرسِ، كذا مَشَى عليه الشَّيْخَانِ^(٢) بخلافِ لسانِ الأخرسِ خلقةً أو لعارضٍ، فإن فيه حكومةٌ، نعم إن ذهبَ الدَّوْقُ بقطعِهِ وجبتِ الدِّيةُ، ولو نبتَ اللِّسانُ بعدَ أخذِ دِيتهِ لم تُستردَّ.

(و) في (الشَّفَتَيْنِ) بقطعِهما أو إشلالِهما وهما في عرضِ الوجهِ إلى الشَّدَقَيْنِ وفي طوله إلى ما يسترُ اللِّثَةَ، وفي اندراجِ حكومةِ الشَّارِبِ في ديتِهما وجهانِ، وقياسُ الأهدابِ الاندراجِ ولو كانتا مشقوقَتينِ فالواجبُ الدِّيةُ إلا قدرَ حكومةُ الشَّقِّ أو شلَّوَيْنِ فالواجبُ الحكومةُ، وكذا لو شَقَّهما بلا إبانةٍ.

(١) في (شر). «جناية».

(٢) «الشرح الكبير» (٣٦٤/١٠)، و«روضة الطالبين»، (٢٧٥/٩).

(و) في (ذَهَابِ الْكَلَامِ) إِذَا قَالَ أَهْلُ الْخَبَرِ لَا يَعُودُ بِنَحْوِ الْجَنَايَةِ عَلَى اللِّسَانِ بَقِطْعٍ وَلَوْ لِبَعْضِهِ أَوْ دُونِهِ، وَإِنْ لَمْ يُحْسِنِ الْمَجْنِي عَلَيْهِ بَعْضَ الْحُرُوفِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ ذَلِكَ لَجَنَايَةٍ وَجَبَ قَسْطُ الدِّيَّةِ.

قال ^(١) الشَّيْخَانِ ^(٢) كَالْجُمْهُورِ: وَتَوَزَّعَ الدِّيَّةُ عَلَى ثَمَانِيَةِ وَعِشْرِينَ حَرْفًا. وَقَالَ الْمَاوَرَدِيُّ: عَلَى تِسْعَةٍ ^(٣) وَعِشْرِينَ؛ لِأَنَّ الْهَمْزَةَ وَالْأَلِفَ اللَّيْنَةَ حَرْفَانِ. وَهُوَ وَجِيهٌ لَا يَظْهَرُ غَيْرُهُ، وَلَوْ أَزَالَ بَعْضُهَا لَكُنْ لَمْ يَبْقَ فِي الْبَاقِي كَلَامٌ مَفْهُومٌ وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَّةِ، وَالْكَلَامُ مِنَ اللِّسَانِ بِمَنْزِلَةِ الْبَطْشِ مِنَ الْيَدِ حَتَّى إِذَا ذَهَبَا مَعًا وَجَبَ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ.

(و) في (ذَهَابِ الْبَصَرِ) بِلَطْمٍ أَوْ غَيْرِهِ وَلَوْ مِنْ أَعَشَى بِآفَةِ سَمَاوِيَّةٍ، فَإِنْ كَانَ مِنْ أَعَشَى بِجَنَايَةٍ فَقَضِيَّةٌ مَا يَأْتِي مِنَ الْبَغْوِيِّ وَجُوبُ النِّصْفِ فَقَطْ وَحْدَهُ، أَوْ مَعَ الْعَيْنَيْنِ بَأَنْ فَقَاهُمَا فَلَا يُزَادُ حِينَئِذٍ عَلَى الدِّيَّةِ، وَفِي إِعْشَائِهِ نِصْفُ الدِّيَّةِ كَمَا قَالَه الْبَغْوِيُّ ^(١)، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَعْمَشَهُ أَوْ أَخْفَشَهُ أَوْ أَحْوَلَهُ أَوْ أَشْخَصَ بَصَرَهُ، فَالْوَاجِبُ الْحُكُومَةُ، وَفِي ذَهَابِ الْبَصَرِ مِنْ إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ نِصْفُ الدِّيَّةِ، وَفِي بَعْضِهِ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا قَسْطُ الْبَعْضِ مِنَ الدِّيَّةِ إِنْ عُرِفَ قَدْرُهُ، وَإِلَّا فَحُكُومَةٌ.

(و) في (ذَهَابِ الشَّمِّ) مِنَ الْمُنْخَرَيْنِ بِالْجَنَايَةِ عَلَى الرَّأْسِ أَوْ غَيْرِهِ وَفِي ذَهَابِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ، وَفِي بَعْضِهِ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا قَسْطُهُ مِنَ الدِّيَّةِ إِنْ عُرِفَ قَدْرُهُ، وَإِلَّا فَحُكُومَةٌ.

(١) فَرْقُهُ فِي (ع): «مُعْتَمِدٌ».

(٢) «الشرح الكبير» (٣٩٦/١٠)، و«روضة الطالبين» (٢٩٦/٩).

(٣) فَرْقُهُ فِي (ع): «ضَعِيفٌ».

(٤) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (١٥٠/٧).

(و) في (ذهابِ العقلِ) الغريزيِّ وهو ما يترتبُ عليه التَّكْلِيفُ إذا لم يُرَجَّ عَوْدُهُ بقولِ أهلِ الخبرةِ في مدَّةٍ يُظَنُّ أنَّه يعيشُ إليها، وإلَّا انتظر، فإن مات قبلَ العودِ وجبتِ الدِّيَّةُ كالسَّمْعِ والبَصَرِ، ثُمَّ إن كان ذهابُهُ بما لا أَرُشُ له كضَرْبِ رَأْسِهِ ولَطْمِهِ لم يزدْ على الدِّيَّةِ، أو بما له أَرُشٌ مقدَّرٌ أو لا وجبَ الأَرُشُ مع الدِّيَّةِ، وفي ذهابِ بَعْضِهِ قسَطُهُ مِنَ الدِّيَّةِ إن انضبطَ بزمانٍ أو غيره، وإلَّا فالحكومةُ، ولو عادَ هو أو غيره مِنَ المعاني بعدَ أَخْذِ دِيَّتِهِ استُرِدَّتْ، بخلافِ سائرِ الأَجْرامِ ما عدا سَنًّا غيرَ المَثْغُورِ وجلْدِ المسلُوخِ إذا نَبَتْ، والإفْضاءُ إذا التَحَمَّ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَرَدُّ دِيَّتُهَا بَعْدَ ذهابِها، أمَّا العقلُ المُكْتَسَبُ وهو ما به حَسَنُ التَّصَرُّفِ ففيه الحكومةُ.



(فصل)

في دَعْوَى الْقَتْلِ وَثُبُوتِهِ بِمِيزَانِ الْمُدَّعِي

(وَإِذَا) ادَّعَى الْوَارِثُ الْمُكَلَّفُ الْمُلتَزِمُ وَلَوْ غَيْرَ جَائِزٍ وَمَحْجُورًا عَلَيْهِ بِسَفْهِهِ عَلَى مُكَلَّفٍ مُلتَزِمٍ أَنَّهُ قَتَلَ مَوْرَثَهُ، وَفَصَّلَ قَتْلَهُ بِأَنَّهُ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ أَوْ شُبْهُ عَمْدٍ مَعَ وَضْفٍ كُلِّ بِمَا يُنَاسِبُهُ، وَأَنَّهُ بَانْفِرَادِهِ أَوْ مِشَارَكَةِ مَنْ يُمْكِنُ اجْتِمَاعُهُمْ مَعَ بَيَانِ عَدَدِهِمْ حَيْثُ لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ وَلَوْ بِقَوْلِهِ: أَعْلَمُ أَنَّهُمْ لَا يَزِيدُونَ عَلَى كَذَا وَلَمْ يَسْبِقْ مَا يَنَاقِضُ دَعْوَاهُ، فَلَوْ ادَّعَى انْفِرَادَهُ بِالْقَتْلِ ثُمَّ ادَّعَى عَلَى آخَرَ لَمْ تُسْمَعْ الثَّانِيَةُ.

(وَأَقْتَرَنَ بِدَعْوَى) ذَلِكَ (الْقَتْلِ لَوْتُ) بِالْمُثَلَّثَةِ وَهُوَ لَغَةٌ: الْقُرَّةُ، وَيُقَالُ: الضَّعْفُ، وَاصْطِلَاحًا: شَيْءٌ (يَقَعُ بِهِ فِي) النَّفْسِ صِدْقُ الْمُدَّعِي) فِي تِلْكَ الدَّعْوَى، كَأَنَّهُ يَوْجَدُ الْقَتِيلَ فِي مَسَاكِنِ أَعْدَائِهِ مِنْ نَحْوِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ أَوْ مُحَلَّةٍ مَنْفَرَدَةٍ عَنْ بَلَدٍ كَبِيرٍ، حَيْثُ لَمْ يُسَاكِنَهُمْ مَنْ لَمْ تُعْلَمْ صِدَاقَتُهُ لِلْقَتِيلِ، وَلَا كَوْنُهُ مِنْ أَهْلِهِ أَوْ قَرِيْبًا مِنْهَا وَلَا سَاكِنًا فِي الصَّحَرَاءِ وَلَا عِمَارَةً هُنَاكَ.

قَالَ الْعِمْرَانِيُّ: وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ ذَلِكَ الْمَكَانَ غَيْرُ أَهْلِهِ لَمْ تُعْتَبَرِ الْعِدَاوَةُ^(١).
انْتَهَى. وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَكَأَنَّهُ يَتَفَرَّقُ عَنْهُ جَمْعٌ يُمَكِّنُ اجْتِمَاعَهُمْ عَلَى قَتْلِهِ، أَوْ يَوْجَدُ فِي صَحْرَاءٍ وَعِنْدَهُ مَنْ تَلَطَّخَ سِلَاحَهُ أَوْ ثَوْبَهُ أَوْ بَدَنَهُ بِالدِّمِّ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَا يُمَكِّنُ إِحَالََةَ الْقَتْلِ عَلَيْهِ مِنْ نَحْوِ سَبْعٍ أَوْ رَجُلٍ آخَرَ بِقَرْيَةٍ، أَوْ يَسْتَفِيضُ بَيْنَ النَّاسِ أَنَّ الْقَاتِلَ فَلَانٌ أَوْ يُرَى مِنْ بَعِيدٍ يَحْرُكُ يَدَهُ كَفْعَلٍ مَنْ يَضْرِبُ فَيَوْجَدُ الْقَتِيلَ مَكَانَهُ، أَوْ يُخْبِرُ بِأَنَّ الْقَاتِلَ فَلَانٌ عَذْلٌ رَوَايَةً أَوْ جَمَاعَةً فَسَاقٍ أَوْ صَبِيَّانَ أَوْ ذَمِّيَّوْنَ، وَلَا بَدَّ فِي جَمِيعِ

(١) يَنْظُرُ. هَذَا سَنَى الْمَطَالِبِ (٤/٩٨).

ذلك من العلم بأنه قتل ولو بدلالة أثر نحو خنق أو عض.

(حَلَفَ) ذلك الوارث (الْمُدَّعِي) على ذلك القتل الذي ادَّعاه إن شاء (خَمْسِينَ يَمِينًا) إن كان حائزًا، وإن كان المقتول امرأة أو كافرًا أو جنينًا: لقد قتل هذا أو فلان ويميزه أبي مثلاً أو فلاناً أو غيره عمداً أو خطأ أو شبهة عمد وحده أو مع زيد، وإن كان الجاني ادَّعى براءة من جرحه زاد في كل مرة، وأنه ما برأ من جرحه حتى مات منه.

وإن لم يوالِ الأيمان، أو تخلَّلها جنون أو إغماء، أو عَزَلَ القاضي ثم توليته، بخلاف ما لو وُلِّيَ غيره أو مات ولو بعد تمامها، فيستأنف الحالف، أو مات الحالف قبل تمامها فيستأنف وارثه.

فإن لم يكن حائزاً وُزِعَ الأيمان عليه وعلى بقية الورثة بحسب الإزث وتُثم الكسر، فلو كانوا تسعة وأربعين ابناً حلف كل يميني أو ثلاثة بنين حلف كل سبعة عشر، فإن غابا اتفاقاً ولم يصير الثالث إلى حضورهما حلف الخمسين لحقه فقط، فإن حضر آخر حلف نصفها، وإن حضر الثالث حلف سبعة عشر، ولو أراد أحد الثلاثة مع حضور الجميع أن يحلف الخمسين ليأخذ حصته فينبغي جوازه أيضاً.

وقد لا يكون التوزيع بحسب الإزث كما لو كان الوارث ابناً خنثى، فإنه يحلف الخمسين لاحتمال ذكوريته ويأخذ النصف لاحتمال أنوثته، فإن كان معه إخوة فإن شاءوا حلفوا النصف ووقف بقية المال بينهم وبينه إلى البيان أو الصلح، وإن شاءوا صبروا إلى البيان، أو خشيئ حلف كل واحد الثلاثين أربعاً وثلاثين بالجبر^(١) وأعطى الثلث.

(١) في (ع). «بالجبر»

أو زوجته وبيت المال حلفت الزوجة الخمسين وإن لم تأخذ إلا الرُّبْع، أو زوجته وبتنا حلفت الزوجة عشرة والبنت الباقي توزيعاً على سهاميهما فقط، وهي خمسة من ثمانية، ولا يثبت حق بيت المال يمينها بل ينصب الإمام مدعياً، فإن حلف المدعى عليه والأحس إلى أن يحلف أو يقر، وهذا ظاهر إذا انتظم أمر بيت المال، وإلا فظاهر أنه يرد الباقي على البنت فقط، فتحلف الزوجة سبعة أيمان، والبنت أربعة وأربعين، وقد يكون الحالف غير المدعى كما لو أوصى لمستولديه بقيمة عبد إن قُتل ومات بعد قتله وقبل الحلف والنكول، فإن ورثته تحلف بعد دعواها أو دعواهم إن شاءوا؛ لأنهم الذين يحلفونه والقيمة لها، فإن نكلوا لم تحلف لكن لها الدعوى لتحليف الخصم، فإن نكل حلفت يمين الرد.

وخرج بدعوى القتل دعوى غيره كالقطع والجرح فلا يحلف المدعى ولو مع اللوث، بل المصدق المدعى عليه بيمينه لكنها خمسون.

(و) إذا حلف الوارث المدعى الخمسين بأن كان حائزاً (استحقّ الذية) دون القصاص على العاقلة في غير العمد، وعلى المدعى عليه فيه، فإن لم يكن حائزاً استحقّ حصته منها بحسب إرثه كما يحلف من يخصه من الأيمان كذلك، وقضية هذا فرض الكلام في قتل الحر لكن قتل الرقيق كذلك، فإذا وجد لوث حلف سيده خمسين يميناً واستحقّ قيمته على العاقلة أو المدعى عليه كما تقرّر.

(وإن لم يكن هنالك) أي: مع القتل المدعى (لوث، فاليمين) وهي خمسون أيضاً (على المدعى عليه) على الأصل، فإن ردّها على المدعى فهي خمسون أيضاً كالمردودة على المدعى عليه من المدعى مع اللوث، وعبارته ظاهرة في نفي اللوث مطلقاً؛ أي: بالنظر لأصل القتل ولصفته من العمد ومقابله، وقضيته

أَنَّهُ لَوْ طَهَرَ اللَّوْثُ بِالنِّسْبَةِ لِلْقَتْلِ دُونَ صِفَتِهِ حَلَفَ الْمُدَّعِي الْخَمْسِينَ عَلَى الْقَتْلِ وَصِفَتِهِ بَعْدَ دَعْوَى مُفَضَّلَةٍ وَهُوَ مَا قَالَ الشَّيْخَانِ^(١) أَنَّ إِطْلَاقَ الْأَصْحَابِ يُفْهَمُهُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ بِيَعِيدٍ، كَمَا لَا يُعْتَبَرُ ظُهُورُ اللَّوْثِ فِي الْإِنْفِرَادِ وَغَيْرِهِ، لَكِنْ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَا أَنَّ الْأَصْحَاحَ مِنَ الرَّجُلَيْنِ خِلَافَهُ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي «الْمَحَرَّرِ» وَ«الْمَنْهَاجِ»^(٢).

(وَعَلَى قَاتِلِ النَّفْسِ) عَمْدًا أَوْ خَطَا أَوْ شُبَّةً عَمْدٍ بِمُبَاشَرَةٍ أَوْ غَيْرِهَا؛ أَيْ: يَلْزَمُهُ وَيَتَعَلَّقُ بِهِ وَلَوْ غَيْرَ مَكْلُوفٍ وَرَشِيدٍ، فَيَعْتِقُ الْوَلِيُّ عَنْهُ مِنْ مَالِهِ، وَرَقِيقًا فَيَكْفُرُ بِالصَّوْمِ، وَكَافِرًا وَيُتَصَوَّرُ إِعْتَاْقُهُ الْمُسْلِمَ بِنَحْوِ اسْتِدْعَائِهِ بِبَيْعِ ضَمْنِيٍّ، نَعَمْ الْحَرْبِيُّ الَّذِي لَا أَمَانَ لَهُ وَالْجَلَادُ إِذَا قَتَلَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَجَهْلَ ظُلْمَهُ بِالْقَتْلِ لَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِمَا.

(الْمُحْتَرَمَةُ) أَيْ: الَّتِي يَحْرُمُ قَتْلُهَا لِاحْتِرَامِهَا فِي نَفْسِهَا وَلَوْ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ كَعَبْدِ نَفْسِهِ وَنَفْسِهِ، وَكُمُرْتَدٍّ قَتَلَهُ مِثْلُهُ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمُحْتَرَمَةِ كَذَلِكَ كَحَرْبِيِّ وَبَاغٍ قَتَلَهُ عَادِلٌ حَالَ الْقِتَالِ، وَكَذَرَارِيِّ أَهْلِ الْحَرْبِ وَنَسَائِهِمْ وَإِنْ حُرِّمَ قَتْلُهُمْ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ لَيْسَ لِاحْتِرَامِهِمْ فِي نَفْسِهِمْ بَلْ لِتَفْوِيزِهِمْ إِرْقَاقَهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ (كَفَّارَةٌ) وَهِيَ (عِنَقُ رَقَبَةٍ مُؤَمَّنَةٍ سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ) الْمُضَرَّةُ بِالْعَمْدِ، (فَإِنْ لَمْ يَجِدِ) الرَّقَبَةُ الْمَذْكُورَةُ (صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) وَتَقَدَّمَ شَرْحُ ذَلِكَ فِي فَضْلِ الظَّهَارِ فَرَأِجُهُ، وَعُلِمَ مِنْ اقْتِصَارِهِ عَلَى مَا ذَكَرَ أَنَّهُ لَا إِطْعَامَ هُنَا وَهُوَ الْأَظْهَرُ.



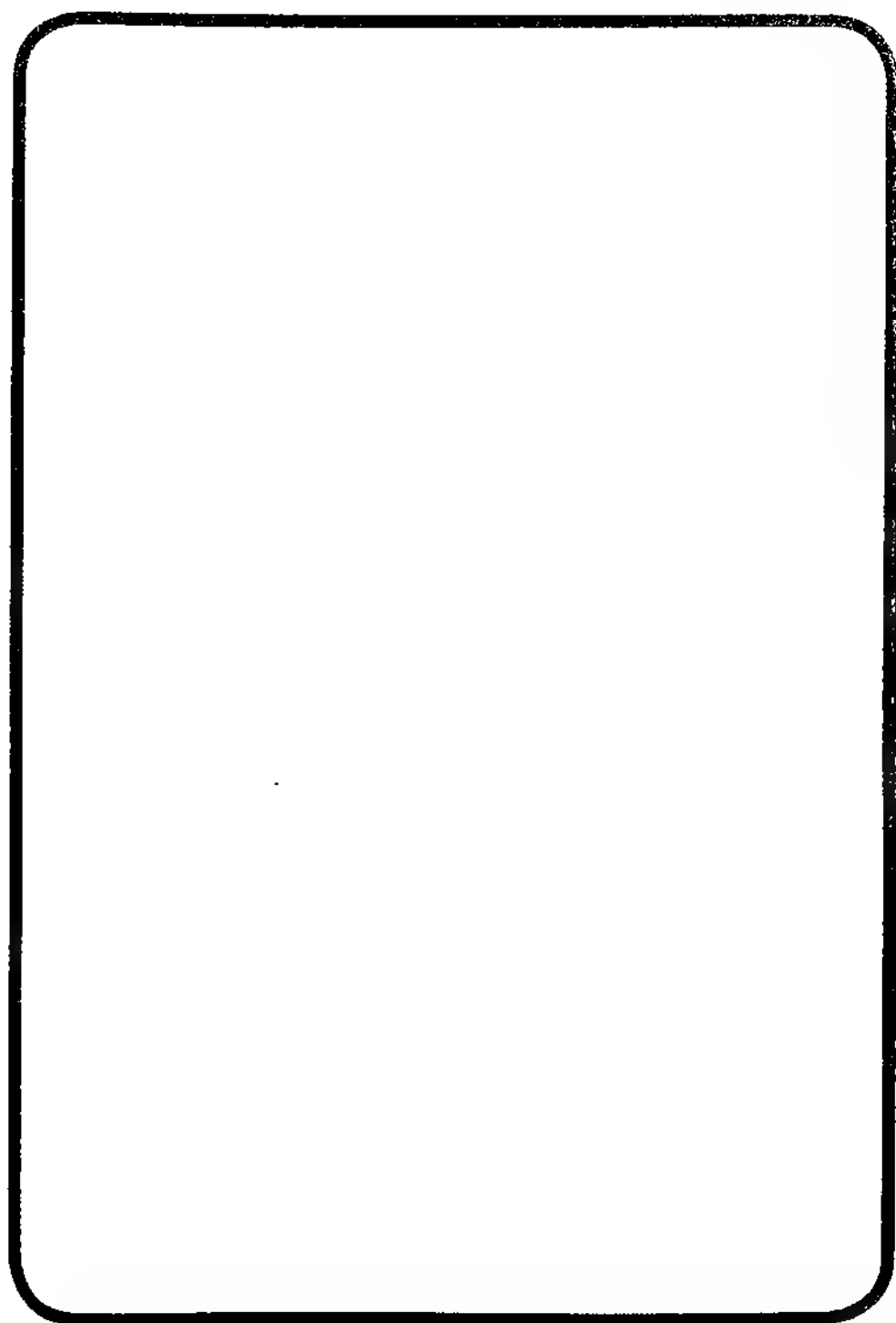
(١) «الشرح الكبير» (١٩/١١)، و«روضة الطالبين» (١٣/١٠).

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٨٨).



(کتاباً محدود)





(كِتَابُ الْمُحَدِّدِ)

ذَكَرَهَا بَعْدَ الْجَنَائِبِ بِالْقَتْلِ وَغَيْرِهِ لاشتراكهما في الجنائية، وبدءاً بحدِّ الزَّنا؛
لأنَّه أكبرُ الكبائرِ بعدَ القتلِ، والزَّنا وهو بالقصْرِ أَفْصَحُ منه بالمدِّ: إِيلاجُ الذَّكَرِ
بفَرْجٍ مُحَرَّمٍ لِعَيْنِهِ خَالٍ عَنِ الشُّبْهِةِ، فَقَالَ:

(الزَّانِي عَلَى ضَرْبَيْنِ: مُخَصَّنٌ) وَسَيَّاتِي بِيَانُهُ، (وَعَبِيرٌ مُخَصَّنٌ) وَهُوَ مُقَابِلُهُ.

(فَالْمُخَصَّنُ) رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً إِذَا كَانَ مُخْتَارًا عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ، وَإِنْ جَهِلَ
وَجُوبَ الْحَدِّ مُلتزماً للأحكامِ (حَدُّهُ الرَّجْمُ) بِأَنْ يُرْمَى بِالْمُعْتَدِلِ مِنْ نَحْوِ
الْأَحْجَارِ وَالْمَدَرِ وَالْعِظَامِ حَتَّى يَمُوتَ، فَلَا يَجُوزُ رُمُّهُ بِالْكَبِيرِ الْمُذْفَقِ لثَلَا
يَفُوتَ الْمَقْصُودُ مِنَ التَّنْكِيلِ، وَلَا بِالصَّغِيرِ الَّذِي لَيْسَ لَهُ كَبِيرٌ وَقَعَ لثَلَا يَطُولُ
تَعْذِيبُهُ. وَذَكَرَ الْمَاوَرِدِيُّ أَنَّ الْاِخْتِيَارَ - أَيْ: فِيمَا يُرْجَمُ بِهِ ^(١) - أَنْ يَكُونَ مَلَأَ
الْكَفَّ، وَأَنْ يَكُونَ مَوْقَفَ الرَّامِي مِنْهُ بِحَيْثُ لَا يَبْعُدُ عَنْهُ فَيَخْطِئُهُ، وَلَا يَذْنُو مِنْهُ
فِيؤْلِمُهُ.

وَجَمِيعُ بَدَنِهِ مَحَلٌّ لِلرَّجْمِ، وَيُخْتَارُ أَنْ يَتَوَقَّى الْوَجْهَ، وَلَا يُرْبَطُ وَلَا يُقَيِّدُ،
وَيُسْتَرُّ عَوْرَةُ الرَّجُلِ وَجَمِيعُ بَدَنِ الْمَرْأَةِ، وَيُجَابُ لِلشُّرْبِ دُونَ الْأَكْلِ، وَلِصَلَاةِ
رَكَعَتَيْنِ، وَإِنْ دَخَلَ وَقْتُ صَلَاةٍ أُمِرَ بِهَا.

(وَعَبِيرُ الْمُخَصَّنِ) الْحُرُّ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً إِذَا كَانَ مُخْتَارًا عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ
وَإِنْ جَهِلَ وَجُوبَ الْحَدِّ مُلتزماً للأحكامِ (حَدُّهُ مِنْهُ جَلْدَةٌ) أَيْ: ضَرْبُهُ بِنَحْوِ
عَصَى مُعْتَدِلٍ قَدْرًا وَرَطوبَةً، (وَتَغْرِيبُ عَامٍ) هَلَالِيٍّ مِنْ ابْتِدَائِهَا السَّفَرِ بَعْدَ
الْجَلْدِ وَهُوَ أَوْلَى، أَوْ قَبْلَهُ وَلِذَا عَبَّرَ بِالْوَاوِ، وَعَبَّرَ بِالتَّغْرِيبِ الْمُتَبَادِرِ مِنْهُ تَغْرِيبُ

(١) لَيْسَتْ فِي (ج)، (ع).

غيره له؛ لأنه لا بدَّ من تغريب الإمام، فلو غرَّب نفسه لم يُعتدَّ به، ولو عيَّن الإمام جهةً فليس له طلبُ غيرها.

ولأنَّما يُجزئُ التَّغْرِيبُ (إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ) أي: إلى مرحلتين فأكثر بحسب رأي الإمام من محلِّ زناه بشرطِ أَمْنِ الطَّرِيقِ والمَقْصِدِ، وأن يكونَ مع المَراةِ زوجٌ أو محرَّمٌ، أو نِسوةٌ ثقاتٌ، أو واحدةٌ ثقةٌ، أو ممسوخٌ ثقةٌ، أو عبدها الثقةُ، وقد تقررَ في بابِ الحجِّ جوازُ سفرِها وحدها مع الأَمْنِ للحجِّ الواجبِ، وقياسه جوازُ تغريبِها وحدها مع الأَمْنِ، وعليه قد يُحْمَلُ نَصُّ «الأم»^(١) في موضعين على تغريبِها وحدها، ولو امتنع نحوُ المحرَّمِ حينئذٍ لم يُجبرَ، ويلزمُها أجرته إذا لم يخرجَ إلَّا بها، فإن أعسرتْ لَزِمَتْ بَيْتَ المالِ، فإن تعدَّرَ أُخِّرَ التَّغْرِيبُ إلى تيسُّره، والظاهرُ كما قال الأذَرعِيُّ^(٢) أَنَّ الأَمْرَ الحسنَ الذي يُخافُ عليه الفتنةُ يَحْتَاجُ إلى محرَّمٍ أو نحوِه، ولو زنى ثانياً فيما غُرِّبَ إليه غُرِّبَ في موضعٍ آخرَ، ودخلتْ بقيَّةُ مدَّةِ الأوَّلِ في الثاني.

ولو رجعَ إلى ما غُرِّبَ منه رُدَّ إلى الموضعِ الذي غُرِّبَ إليه، واستؤنفتِ المُدَّةُ على الأصحَّ، كذا في «أصلِ الرُّوضَةِ»^(٣).

وقال ابنُ الرُّفْعَةِ^(٤): الأَشْبَهُ أن يقالَ: إن قلنا بالاستثنافِ لم يتعيَّن ذلك البلدُ. انتهى.

وهو وجيهٌ، وينبغي حملُ كلامِ «الرُّوضَةِ»^(٥) على التَّمثِيلِ، وفي «الرُّوضَةِ»^(٦) عنِ الرُّويانِيِّ أنَّ الأصحَّ أنَّه يلزمُ المُغَرَّبُ أن يقيمَ في بلدٍ الغُربةِ حتَّى يكونَ

(١) «الأم» (٣٣٨/٧). (٢) «قوت المحتاج» (٥٨/٨).

(٣) «الشرح الكبير» (١٣٧/١١). (٤) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٨٣/١٧).

(٥) «روضة الطالبين» (٨٩/١٠). (٦) «روضة الطالبين» (٩٠/١٠).

كالجبر، فلا يُمكن من الضرب في الأرض؛ لأنه كالنزّهة^(١). انتهى.

وهذا أوجه ممّا صحّحه قبل ذلك أنّه لا يُمنع الانتقال إلى بلدٍ آخر، وإن جمّع في «شرح الرّوض»^(٢) بحمل هذا على أنّ المراد ببلد الغربة غير بلده أي: وما دون مسافة القصر منها؛ لأنّ ما عداه بلاد غربة، وبقوله: فلا يُمكن من الضرب في الأرض أنّه لا يُمكن من ذلك في جميع جوانبها بل في غير جانب بلده فقط على ما عرّف. انتهى.

ومؤنّته في مدّة تغريبه على نفسه، وهذا شامل للزوجة، ويؤجّه بأنّها غير ممكنة فلا نفقة لها، فإن صحّبها وتمتّع بها فينبغي وجوب نفقتها، ومؤنة الرقيق الآتي على سيّده.

(وَسَرَائِطُ الْإِحْصَانِ) جمعُ شريطة (أَرْبَعَةٌ):

(١) (الْبُلُوغُ)،

(٢) (وَالْعَقْلُ) فلا إحصان لصبي ولا مجنون فلا يرجمان، بل لا يُحدّان مطلقاً؛ لأنّ فعلهما لا يُوصف بالتحريم، نعم يؤدبان بما يزجرهما، ولو زنى ظاناً أنّه غير بالغ فبان أنّه بالغ فوجهان أصحهما وجوب الحدّ.

(٣) (وَالْحُرِّيَّةُ) الكاملة، فلا إحصان لمن فيه رقّ.

(٤) (وَوُجُودُ السَّوْطِ) في القُبْلِ بتغييب الحشفة أو قدّرها من مقطوعها حال كماله بالبلوغ والعقل والحريّة الكاملة؛ أي: كونه واطناً كذلك وإن كان الموطوء ناقصاً أو موطوءاً كذلك وإن كان الواطئ ناقصاً.

(١) في (ش): «كالنزّهة».

(٢) «أسى المطالب» (٤/ ١٣٠)

(فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ^(١)) وَلَوْ مَعَ إِكْرَاهٍ أَوْ نَوْمٍ أَوْ نَحْوِ عِدَّةٍ شُبْهَةٍ أَوْ نَحْوِ حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ، فَلَا إِحْصَانٌ مَعَ انْتِفَاءِ الْوَطْءِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، وَشَمِلَ كَلَامُهُ مَا لَوْ كَانَ الْوَاطِئُ أَوْ الْمَوْطُوءُ مُرْتَدًّا أَوْ ذَمِيًّا فَيُرْجَمَانِ.

وَبِمَا تَقَرَّرَ يُعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الرَّجْمِ وَجُودُ الْكَمَالِ بِالْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ وَالْحُرِّيَّةِ فِي حَالَتَيِ الزَّانَا وَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ، وَإِنْ تَخَلَّلَهُمَا نَقْصٌ بِنَحْوِ جُنُونٍ أَوْ رُقٍّ بَأَنِّ أَحْصَنَ حَرْبِيٍّ ثُمَّ اسْتَرْقِيَ ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ زَنَى، فَلَا يُرْجَمُ مَنْ وَطِئَ نَاقِصًا فِي نِكَاحٍ ثُمَّ زَنَى كَامِلًا، وَأَنَّهُ لَا حَدٌّ مُطْلَقًا عَلَى مَنْ زَنَى مُكْرَهًا أَوْ غَيْرَ مُلْتَزِمٍ لِلْأَحْكَامِ؛ كُمُعَاهِدٍ أَوْ جَاهِلًا تَحْرِيمَهُ لِقُرْبٍ عَهْدِهِ بِالْإِسْلَامِ، أَوْ بَعْدَهُ عَنْ أَهْلِهِ، وَأَنَّهُ يُحَدُّ مَنْ وَجَدَتْ فِيهِ الشُّرُوطُ مِنَ الزَّانِيَيْنِ دُونَ الْآخَرِ.

(وَالْعَبْدُ) وَمِثْلُهُ الْمُبْعُضُ مُطْلَقًا وَإِنْ قَلَّ رَقُّهُ (وَالْأَمَةُ) وَمِثْلُهَا الْمُبْعُضَةُ مُطْلَقًا وَإِنْ قَلَّ رَقُّهَا (حَدُّهُمَا نِصْفُ حَدِّ الْحُرِّ) غَيْرِ الْمُحْصَنِ، وَهُوَ خَمْسُونَ جَلْدَةً وَتَغْرِيبُ نَصْفِ عَامٍ، وَتَجْرِي هُنَا جَمِيعُ الْأَحْكَامِ السَّابِقَةِ فِي تَغْرِيبِ الْحُرِّ، وَالَّذِي يَتَوَلَّى حَدَّ غَيْرِ الْمُبْعُضِ هُوَ السَّيِّدُ الْكَامِلُ، وَلِيُّ الْمَحْجُورِ أَوْ الْإِمَامُ عَلَى مَا فُصِّلَ فِي الْمُطَوَّلَاتِ، ثُمَّ إِنْ غَرَبَهُ سَيِّدُهُ فَأَجْرُهُ تَغْرِيبُهُ عَلَيْهِ أَوْ الْإِمَامُ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

وَشَمِلَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ الْعَبْدَ الْكَافِرَ، وَإِنْ خَالَفَ الزَّوْكَبِيُّ تَبَعًا لَجَمْعٍ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُمْ لِلْكَافِرِ حَدٌّ عَبْدِهِ الْكَافِرِ، وَلَا يَقْدَحُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ لَا جَزَاةَ عَلَيْهِ، فَهُوَ كَالْمُعَاهِدِ الَّذِي لَا يُحَدُّ؛ لِأَنَّ الْمَرَاةَ الذَّمِّيَّةَ تُحَدُّ وَلَا جَزَاةَ عَلَيْهَا، وَلِأَنَّهُ تَابِعٌ لِسَيِّدِهِ^(٢).

(١) جاءت في (ع)، (ن) من الشرح.

(٢) بطر: «أُسي المطالب»، (٤/١٢٩).

(وَحُكْمُ اللَّوَاطِ) أي: الإتيان في دُبُرِ ذكرٍ ولو عبده، أو أنثى غير أمته وزوجته حكم الزنا في أنه يُرجمُ الفاعلُ المُحصَنُ، ويُجلدُ ويُغَرَّبُ غيره على التفصيل السابق، هذا هو الصحيح فيه. والثاني: أنه يُقتلُ مُطلقًا.

وفي كيفية قتله أوجه: أحدها: بالسيف. والثاني: بالرجم. والثالث: بهدم جدارٍ عليه أو رميه من شاهق. قال في «الروضة»^(١): قلت: أصحها بالسيف، والله أعلم.

أمَّا المفعولُ به فإن كان غير مكلَّفٍ أو مكرهاً فلا حدَّ عليه ولا مهرَ له، وإن كان مكلَّفًا طائعًا فيُجلدُ ويُغَرَّبُ لا غير، ذكرًا كان أو أنثى، محصنًا كان أو لا.

أمَّا أمته فإن لم تكن محرماً فلا يُحدُّ بإتيانِ دُبُرِها أو دُبُرِ زوجته، لكن يُعزَّرُ فيما عدا المرأة الأولى كما عبَّرَ به بعضُ، أو فيما بعدَ منعِ الحاكم كما عبَّرَ به بعضُ آخر، وإن كانت محرماً له فلا يُحدُّ بإتيانِ قُبُلِها لشبهة الملك، بخلاف إتيانِ دُبُرِها على ما نقله ابنُ الرُّفعة^(٢) عن «البحرِ المُحيطِ» وأقره، لكن ظاهرُ كلامهم خلافه.

(و) حكمُ (إِتيانِ البهائمِ) مأكولةً أو لا (حُكْمُ الزَّنا) في أنه يُرجمُ الفاعلُ المُحصَنُ ويُجلدُ ويُغَرَّبُ غيره على ما تقدَّم؛ لأنَّه إيلاجٌ في فرجٍ فأشبهَ الإيلاجَ في فرجِ المرأة، وقيل: حكمه أن يُقتلَ مُحصنًا كان أو غيره، وقيل: حكمه أنه يُعزَّرُ مُطلقًا فقط، وهو الأظهرُ في «الروضة»^(٣) و«أصلِها»^(٤).

(١) «روضة الطالبين» (١٠/٩١).

(٢) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٧/١٩٠).

(٣) «روضة الطالبين» (١٠/٩٢).

(٤) «الشرح الكبير» (١١/١٤٢).

فإن قلنا: يُقتل، ففي كيفية قتله الخلاف السابق في اللواط، وفي قتل البهيمة وما يتعلق به كلام طويل في «الروضة»^(١) و«أصلها»^(٢)، وصرّح غيرهما بتفريع قتلها الذي صحّحاه^(٣) على قتل الفاعل، فعلى الأظهر لا يجب قتلها بل يجوز بغير الذبح، لكن صحّ الحديث بالأمر بقتلها، فيحتاج للجواب عنه، ويمكن أن يحمل قتلها فيه على ذبح المأكولة، والأمر على الاستحباب.

(وَمَنْ وَطِئَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ) كَانَ أَوْلَجَ بَيْنَ الْفَخْذَيْنِ أَوْ اسْتَمْتَعَ بِنَحْوِ قُبْلَةٍ أَوْ اسْتَمْنَى بِغَيْرِ يَدِ زَوْجَتِهِ وَأَمْتِهِ، أَوْ مَكَّنَ قَرْدًا مِنْ نَفْسِهِ (عُزْرَ، وَلَا يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ) الْمُجَانِسِ لِلْحَدِّ، (أَذْنَى الْخُدُودِ) لِلْمُعْزَرِ فَلَا يُزَادُ تَعْزِيرُ حُرٍّ عَلَى تِسْعِ وَثَلَاثِينَ جَلْدَةً، وَلَا تَعْزِيرُ عَبْدٍ عَلَى تِسْعِ عَشْرَةَ، أَمَّا غَيْرُ الْمُجَانِسِ لَهُ كَالْحَبْسِ فَيَتَعَلَّقُ بِاجْتِهَادِ الْإِمَامِ.



(١) «روضة الطالبين» (١٠/٩٢).

(٢) «الشرح الكبير» (١١/١٤٣).

(٣) في (ش): «صحّاه».

(فَصْلٌ) فِي حَدِّ الْقَذْفِ

وهو الرَّمْيُ بِالزَّنا على وجهِ التَّعْيِيرِ.

والواوُ للاستثنا في قوله: (وَإِذَا قَذَفَ) أي: رَمَى أَحَدٌ (غَيْرُهُ بِالزَّنا) أي: نَسَبَهُ إِلَيْهِ على وجهِ التَّعْيِيرِ لا الشَّهَادَةِ بِشَرْطِهَا بغيرِ إِذْنِهِ ملتزمًا للأحكامِ مُخْتَارًا عالمًا بالتَّحْرِيمِ (فَعَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ) فلا حَدَّ على شاهدِ الجرحِ أو الإقرارِ وإنْ انفردَ، ولا على شاهدٍ غَيْرِهِ إذا كان أربعةً، وإنْ رُدَّتْ شهادَتُهُمْ لنحوِ فسقٍ أو عداوةٍ، بخلافِ مَنْ دُونَ الأربعةِ، والأربعةُ إذا كان أحدهم الزَّوْجُ أو كانوا نَحْوَ عبيدٍ أو نساءٍ، ولا على المأذونِ له في القَذْفِ وإنْ أَيْثَمَ، ولا على حربِيٍّ ولا مُكْرِهِ، ومثله المُكْرَهُ بِكُسْرِ الرَّاءِ، ولا جاهلٍ بالتَّحْرِيمِ لقُرْبِ إِسلامِهِ أو بُغْدِهِ عنِ العلماءِ.

(وَشَرَايِطُهُ^(١)) أي: وجوبُ حَدِّ القَذْفِ وراءَ ما عَلِمَ وهو جَمْعُ شَرِيطَةٍ (ثَمَانِيَّةٌ: ثَلَاثَةٌ مِنْهَا) مشرطةٌ (فِي الْقَذْفِ، وَهُوَ) أي: مجموعُها (أَنْ يَكُونَ) بِالْغَا، عَاقِلًا وإنْ سَكِرَ بَتَعَدُّ، (وَ) أَنْ (لَا يَكُونَ وَالِدًا) وإنْ عَلَا، ولا والدَةٌ وإنْ عَلَتْ (لِلْمَقْدُوفِ) فلا حَدَّ على صَبِيٍّ ومجنونٍ، لكنْ يُعْزَرُ الْمُمَيِّزُ والمجنونُ زَجْرًا وتأديبًا، ويسْقَطُ بالبلوغِ والإفاقةِ، ولا على أَصْلٍ ذَكَرٍ أو أنثى وإنْ عَلَا كما لَا يُقْتَلُ بِهِ، لكنَّهُ يُعْزَرُ لِلإِيْدَاءِ.

(وَخَمْسَةٌ) مِنْهَا مشرطةٌ (فِي الْمَقْدُوفِ، وَهُوَ) أي: مجموعُها (أَنْ يَكُونَ) مُحْصَنًا بَأَنْ يَكُونَ (مُسْلِمًا، بِالْغَا، عَاقِلًا، حُرًّا، عَقِيقًا) عن وطءٍ يُحَدُّ بِهِ أو لِدُبُرٍ

(١) ي (ش) ' وشرطه.

زَوْجَتِهِ أَوْ أُمِّهِ، أَوْ لِمَحْرَمٍ بِنَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ مِصَاهِرَةٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ، فَلَا حَدَّ
بِقَذْفِ كَافِرٍ أَوْ صَبِيٍّ أَوْ مُجْنُونٍ أَوْ رَقِيقٍ أَوْ غَيْرِ عَفِيفٍ وَلَوْ بَعْدَ تَوْبَتِهِ وَصَلَحِ
حَالِهِ، بَلْ يُعَزَّرُ.

نَعَمْ لَوْ قَذَفَ مُجْنُونًا بَرْنًا أَضَافَهُ لِمَا قَبْلَ جُنُونِهِ حُدًّا، وَلَوْ ادَّعَى الْقَاذِفُ جُنُونََ
الْمَقْدُوفِ حَالَ قَذْفِهِ وَادَّعَى الْمَقْدُوفُ خِلَافَهُ، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ حَالَةُ جُنُونٍ صُدِّقَ
الْقَاذِفُ.

وَلَوْ زَنَى وَهُوَ عَبْدٌ أَوْ كَافِرٌ لَمْ يُحَدِّ قَاذِفُهُ بَعْدَ كَمَالِهِ وَلَوْ بِغَيْرِ ذَلِكَ الزَّنا، وَلَا
يَلْزَمُ الْحَاكِمَ الْبَحْثُ عَنْ إِحْصَانِ الْمَقْدُوفِ، بَلْ يُقِيمُ الْحَدَّ عَلَى الْقَاذِفِ لظَاهِرِ
الإِحْصَانِ تَغْلِيظًا عَلَيْهِ لِعَصْيَانِهِ بِالْقَذْفِ.

وَلَوْ طَلَبَ الْمَقْدُوفُ أَوْ وَارِثُهُ الْحَدَّ، فَلِلْقَاذِفِ تَحْلِيْفُهُ أَنَّهُ مَا زَنَى أَوْ أَنَّهُ لَا
يَعْلَمُ زَنَا مَوْرَثِهِ، وَحَدُّ الْقَذْفِ وَتَعْزِيرُهُ يَرْتُفِعُهُمَا كُلُّ الْوَرِثَةِ، ثُمَّ السُّلْطَانُ.

وَلِلْعَبْدِ طَلَبُ قَاذِفِهِ وَلَوْ سَيِّدَهُ بِالتَّعْزِيرِ، فَإِنْ مَاتَ وَالْقَاذِفُ أَجْنَبِيٌّ فَالطَّلَبُ
لِسَيِّدِهِ دُونَ وَرِثَتِهِ وَالسُّلْطَانِ، وَلَا يَسْتَوْفِي لَصَبِيٍّ وَلَا لِمُجْنُونٍ، بَلْ هُمَا بَعْدَ
كَمَالِهِمَا، أَوْ وَارِثُهُمَا بَعْدَ مَوْرَثِهِمَا.

(وَيُحَدُّ الْحُرُّ) الْقَاذِفُ ^(١) حَالَةَ الْقَذْفِ وَمِثْلُهُ الْحُرَّةُ (ثَمَانِيْنَ) جَلْدَةً (وَالْعَبْدُ)
حَالَةَ الْقَذْفِ وَمِثْلُهُ الْأَمَةُ وَالْمُبْعُضُ مِنْهُمَا حَيْثُ نِدَّ (أَرْبَعِيْنَ) جَلْدَةً.

(وَيَسْقُطُ حَدُّ الْقَذْفِ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ) بَرْنًا الْمَقْدُوفِ، نَعَمْ لَوْ أَقَامَ
بَيِّنَةً بَرْنًا الْمَقْدُوفَةِ وَأَقَامَتْ بَيِّنَةٌ بِيكَارَتِهَا، أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ بِإِقْرَارِهَا بِالزَّنا ثُمَّ رَجَعَتْ
عَنِ الْإِقْرَارِ لَمْ يُحَدِّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا.

(١) جاءت في (ع)، (ش)، (ك) من المتن.

(أَوْ عَفْوُ الْمُقْدُوفِ) عَنْ كُلِّهِ وَلَوْ بِمَالٍ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْمَالُ، فَلَوْ عَفَى عَنْ بَعْضِهِ لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنْهُ كَمَا قَالَه الرَّافِعِيُّ^(١) فِي بَابِ الشُّفْعَةِ، وَلَوْ عَفَى عَنِ التَّعْزِيرِ سَقَطَ حَقُّ الْأَدْمِيِّ، وَلِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى.

(أَوْ اللَّعَانُ فِي حَقِّ الزَّوْجَةِ) وَيَسْقُطُ أَيْضًا بِإِذْنِ الْمُقْدُوفِ فِي قَذْفِهِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَبِزْنِ الْمُقْدُوفِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْحَدِّ، وَبِعَفْوِ كُلِّ الْوَرِثَةِ أَوْ الْإِمَامِ حَيْثُ لَا وَارِثَ غَيْرِهِ، وَلَوْ عَفَى بَعْضُ الْوَرِثَةِ فَلِلْبَاقِي اسْتِيفَاؤُهُ جَمِيعِهِ، وَلَوْ طَلَبَهُ بَعْضُهُمْ أَجِيبَ، وَإِنْ سَكَتَ الْبَاقِي أَوْ غَابَ أَوْ لَمْ يَكُنْ مَكْلُفًا.

فَرَعٌ: لَوْ سَبَّ إِنْسَانٌ إِنْسَانًا جَازَ لِلْمَسْبُوبِ أَنْ يُسَبَّ السَّابُّ بِقَدْرِ مَا سَبَّهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَبَّ أَبَاهُ وَلَا أُمَّهُ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ سَبُّهُ بِمَا لَيْسَ كَذِبًا وَلَا قَذْفًا؛ كَقَوْلِهِ: «يَا ظَالِمُ يَا أَحْمَقُ»؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَكَادُ يَنْفَكُ عَنْ ذَلِكَ، وَإِذَا انْتَصَرَ بِسَبِّهِ فَقَدْ اسْتَوْفَى ظُلَامَتَهُ وَبَرَأَ الْأَوَّلَ مِنْ حَقِّهِ، وَبَقِيَ عَلَيْهِ إِثْمُ الْإِيذَاءِ، وَالْإِثْمُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، وَقِيلَ: يَرْتَفَعُ عَنْهُ جَمِيعُ الْإِثْمِ بِانْتِصَارِهِ مِنْهُ.



(فَصْلٌ)

في حَدِّ شَارِبِ الْمُسْكِرِ

(وَمَنْ شَرِبَ) مُسْلِمًا مَكْلَفًا مُخْتَارًا عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ (خَمْرًا) وهي ماءُ العنبِ إذا اشتدَّ وَقَدَفَ بِالزَّبْدِ، ومعلوم أنها مُسْكِرَةٌ، (أَوْ شَرَابًا) آخَرَ (مُسْكِرًا) بِأَنْ اتَّخَذَ مِنْ غَيْرِ الْعِنَبِ كَالرُّطَبِ وَالتَّمْرِ وَالرُّمَّانِ وَالزَّيْبِ وَالْخُبْزِ وَالْعَجِينِ، وفي معنى الشُّرْبِ أَكُلُ ثَخِينِهَا أَوْ مَا تُرَدُّ بِهِ، (يُحَدُّ) وَإِنْ كَانَ الْمَشْرُوبُ قَدْرًا لَا يُسْكِرُ (أَرْبَعِينَ) جِلْدَةً وَإِنْ كَانَ حُرًّا، وَعَشْرِينَ جِلْدَةً إِنْ كَانَ فِيهِ رَقٌّ وَإِنْ قَلَّ.

(وَيَجُوزُ) لِلإِمَامِ (أَنْ يَنْلُغَ بِهِ) أَي: يُحَدُّ الْحُرُّ (ثَمَانِينَ) جِلْدَةً وَيُحَدُّ مَنْ فِيهِ رَقٌّ أَرْبَعِينَ جِلْدَةً إِذَا رَأَى ذَلِكَ (عَلَى وَجْهِ التَّعْزِيرِ) بِمَا زَادَ عَلَى الْأَرْبَعِينَ فِي الْأَوَّلِ، وَعَلَى الْعَشْرِينَ فِي الثَّانِي، وَعِبَارَةُ «الْمَنْهَاجِ»^(١): وَالزِّيَادَةُ تَعْزِيرَاتٌ، وَقِيلَ: حَدٌّ. انْتَهَى.

وقضية كونها تعزيرات ضمانه إذا تلف بها، والقياس ضمانه بنصف الدية أو القيمة لحصول التلف من مضمون وغيره، فإن الحد غير مضمون، ولا يجوز حده حال سُكْرِهِ.

وهل يُعْتَدُّ بِهِ حِينَئِذٍ؟ وجهان في «الكفاية»^(٢) عن القاضي، والأصحُّ كما قال البُلْقِينِي^(٣) والأَذْرَعِي^(٤) الاعتدادُ به؛ لظاهر خبر البخاري^(٥).

(١) «مهاج الطالبين» (ص ٣٠٣).

(٢) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٧/٤٠٩).

(٣) «التدريب في الفقه الشافعي» (٤/٢٠١).

(٤) «قوت المحتاج» (٩/٢١٦).

(٥) رواه البخاري (٦٧٨١) من حديث أبي هريرة، قال: أُنْبِيَ النَّبِيُّ ﷺ بِسُكْرَانٍ، فَأَمَرَ بِضَرْبِهِ. فَمِمَّا مِنْ

يَضْرِبُهُ... الحديث

وقد تشكّل الحرمة مع ظاهر الخبر، وقد يُجابُ بحمل السكران فيه على الشارب قبل تغيير عقله، ولا حدّ على كافر ولو ذمياً لعدم التزامه أحكام المسكر، ولا على صبيّ ومجنون لعدم تكليفهما، لكن ينبغي تعزير المُميّز، ولا على مُكره ولا جاهل بالتحريم.

ويحرّم التدّوي بصرف المسكر بشرب أو غيره، وشربه للعطش ومع تحرّمه لما دُكر لا حدّ به، وإن وُجدَ غيره للشبهة، ولو استهلك المسكر في غيره جاز التدّوي به كصرف بقيّة النجاسات إن أخبر طبيب عدل بنفع ذلك وتعيّنه، ومحلّ حرمة شربه للعطش ما لم يتعيّن لدفع الهلاك، وإلا جاز بل وجب كما نقله الإمام عن إجماع الأصحاب، وهو واضح، ولا يبعد أن يلحق بالهلاك نحو تلف عضو أو منفعة.

ويؤخذ من ذلك أنّه لو شَمَّ الصّغير رائحة المسكر وخيفَ عليه إن لم يُسَقَّ منه جواز سقيه منه ما يدفع عنه الضرر، وهو ظاهر، ويؤخذ من التعبير بالشرب فرض الكلام في المسكر المائع، فخرج المسكر الجامد كالحشيشة والجوزة، فهو وإن حرّم القدر المسكر منه ليس فيه إلّا التعزير.

(ويجب) الحدّ (عليه) أي: على من شرب ما دُكر (بأحد أمرين: بالبيّنة) وهي رجلان، ويكفي أن يشهد بآثمه شرب خمر أو مسكراً وإن لم يقل: وهو عالمٌ مختار، (أو الإقرار) ويكفي أن يقول: شربتُ خمرًا أو مسكراً وإن لم يقل: وأنا عالمٌ مختار، وكالبيّنة والإقرار عِلْمُ السّيّد.

(ولا يُحدّ) أي: لا يجوز أن يُحدّ أحدٌ بالاستدلال على شربه (بالقيء والاستنكاه) أي: ظهور رائحة المسكر، ولا بالسكر لاحتمال الغدر؛ لغلط أو إكراه.

(فَصْلٌ) فِي حَدِّ السَّرْقَةِ

وهي أخذُ المالِ خفيةً بشروطٍ.

والواوُ للاستئنافِ في قوله: (وَتُقَطَّعُ) وجوبًا (يُدَّ السَّارِقُ) المُختارُ للسَّرْقَةِ العالمُ بتحريمِها المُسلمُ أو الذَّمِّيُّ، أو رجلُهُ على التَّفْصِيلِ الآتي (بِسِتٍّ شَرَائِطٍ) جمعُ شريطةٍ أي: خصلة مشروطة:

الأولى والثانية: (أَنْ يَكُونَ بِالْعَمَى) وأن يكونَ (عَاقِلًا) فلا يُقَطَّعُ صَبِيٌّ ولا مجنونٌ لرفعِ القَلَمِ عنهما، لكن يعزَّزانِ إن كانا مُمَيِّزَيْنِ.

(و) الثالثة: (أَنْ يَسْرِقَ نِصَابًا) في الواقعِ ولو لجماعةٍ بأن يُخْرِجَهُ مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ وإن ظنَّه دونَ نصابٍ، فلا قَطْعُ بسرقةٍ ما دونَهُ وإن أَتْلَفَ باقيه بأَكْلٍ أو غيره قبل إخراجِهِ.

والمُرَادُ بالنِّصَابِ ما (قِيَمَتُهُ) حالَ سرقةِ (رُبْعِ دِينَارٍ) أي: مثقال، ذهبًا خالصًا مضروبًا مُطلقًا بشرطِ قَطْعِ الْمُقَوِّمِينَ بذلك، فلو قالوا: نَظَنُّ أَنَّهُ يُسَاوِي رُبْعًا فلا قَطْعَ بسرقةِ، وإن كان ذهبًا اشترطَ مع ذلك أن يكونَ وزنه رُبْعَ مثقالٍ، والحاصلُ أنَّ المسروقَ إن كان ذهبًا اشترطَ أن يبلغَ رُبْعَ مثقالٍ ذهبًا مضروبًا وزنًا وقيمةً، فلا قَطْعَ بسبيكةٍ ذهبٍ تُساوي رُبْعًا وزنًا لا قيمةً، ولا بخاتمِ ذهبٍ يُساوي رُبْعًا قيمةً لا وزنًا، وإن كان غيرَ ذهبٍ فَضَّةً كان أو غيرَها اشترطَ أن تساويَ قيمته رُبْعَ مثقالٍ ذهبًا مضروبًا، ولا اعتبارًا بالوزنِ.

(و) الرابعة: أن يسرقَ النِّصَابَ (مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ) فلا قَطْعَ بسرقةِ من غيرِ حِرْزِ مِثْلِهِ، والمُحْكَمُ في الحِرْزِ العُرفُ، فالعرصةُ أو الصفةُ من نحو الدَّارِ والخانِ

لغير السُّكَّانِ ونحوهم حرزٌ لنحو الآنية الخسيسة وثياب البدلة، والمخزن والبيت حرزٌ لنحو الحلِيِّ والنقدِ والثيابِ والأواني النَّفِيسَةِ، والاصطبلُ حرزٌ للدَّوابِّ ولو نفيسةً دونَ غيرها كالنَّقُودِ والثَّيَابِ.

نعم استثنى البُلُقِينِيّ وغيره آنية الاصطبلِ كالسَّطَلِ وثياب الغلام وآلات الدَّوابِّ من سُروجٍ وبرادغٍ ولُجَمٍ ورحالٍ جمالٍ وقِزبة السَّقاءِ والرَّاوية ونحو ذلك ممَّا جَرَتْ العادةُ بوضعه في اصطبلاتِ الدَّوابِّ.

وإن وُضِعَ متاعه في صحراءٍ أو مسجدٍ أو شارعٍ، فإن أعرَضَ عنه كأنَّ ظاهره أو ذَهَلَ عنه بشاغلٍ أو نامَ فليس مُحَرَّرًا، وإن دامَ ملاحظته مَنْ يبالي به لقوَّةٍ أو استغاثةٍ أو نامَ لأبسًا لنحوِ عمامته أو مداسه أو خاتمه، أو على ثوبه فمُحرزٌ وإن ضمَّ نحوُ العطارِ والبقالِ الأمتعة وربَّطها بحبلٍ على بابِ الحانوتِ أو أَرخى عليها شبكةً، أو خالف لوحينِ على بابِ حانوته فمحرزٌ نهارًا، وإن نامَ أو غابَ وكذا ليلاً بحارسٍ.

ولا بدُّ في دارٍ حصينةٍ منفردةٍ عن عمرانِ البلدِ أو بَرِّيَّةٍ مِنْ حارسٍ دائمٍ الملاحظة مع فتحِ البابِ لا مع إغلاقه حتَّى لو كان فيها مع إغلاقه مبالي به ولو نائمًا كَفَى، وإن كانت في البلدِ كَفَى إغلاقُها ولو مع نومِ الحارسِ ولو في زمنِ خوفٍ ليلاً أو نهارًا، وكذا مع غيبته في زمنِ الأمنِ نهارًا، وما في الجيبِ والكمِّ محرزٌ بهما، وكذا المربوطُ في العمامةِ أو المشدودُ بها.

ولو استَحَفَّظَ شخصًا على ثوبه أو حانوته المفتوحِ فأجابته ضمِّنَ بإهماله، ولم يقطعْ بسرقةً هو، أو على حانوته المغلوقِ لم يضمِّنَ بإهماله ويقطعُ بسرقةً هو، ومن هنا يؤخَذُ عدمُ ضمانِ الخفراءِ^(١) بإهمالِ الحوانيتِ المغلقةِ.

(١) في (ج) «الغفراء»

(و) الخامسة: أن يكون المسروق (لا ملكَ له فيه) لا حقيقةً ولا حكمًا حين إخراجِه من حرزِه، فلا قطعَ بسرقةٍ ما له فيه ملكٌ حقيقةً أو حكمًا حينئذٍ، كأن سَرَقَ ماله الذي بيد غيره ولو مرهونًا، أو المالَ المشتركَ بينه وبين غيره، أو ما ملكه بنحوٍ إرثٍ بعدَ دخوله الحرزَ، أو سَرَقَ ما اشتراه من يد البائع ولو قبل تسليم الثمن أو وهو في زمن الخيار، أو ما باعه من يد المشتري في زمن الخيار، أو ما وقفَ عليه أو ما اتَّهَبَه وقبله قبل قبضه، أو سَرَقَ فقيرٌ الموصى به للفقراء، بخلاف ما لو سَرَقَ شخصٌ ما أوصى له به قبل الموت وهو ظاهرٌ، وكذا بعده وقبل القبول.

وقد يُفَرَّقُ بين القطعِ هنا وعدمه في الموهوبِ قبل قبضه بتقصيره هنا بترك الملك الذي هو إليه وهو القبول لا هناك؛ لأنَّ التملك الذي هو القبض ليس إليه. ولو ملكَ المسروقُ بعدَ السرقة وقبل الرِّفعِ للحاكم فلا قطعَ، ولو ادَّعى ملكه أو ملكَ حرزِه أو مالَ كَيْتِه وهو مجهولٌ، بخلاف معلوم الحرية أو إذنه في الأخذ أو أخذه من غير حرزٍ أو نقصه عن نصاب سقط القطع بمجرّد دَعْوَاهُ، وإن ثبتت السرقة بالبيّنة لاحتمال صدقه فصارَ شبهةً دائرةً للقطع، وقضيته أنّه لو قطعَ بكذبه قطع.

(و) السادسة: أن يكون السَّارقُ (لا شبهةً) له (في مالِ المسروقِ منه) فلا قطعَ بسرقةٍ مالٍ أصليه وإن علّا أو فرعه وإن سفلَ، أو ما ادَّعى أنّه مالٌ أصليه أو فرعه لذلك، وسواء أكان السَّارقُ حرًّا أم عبدًا كما صرَّح به الزَّركاشي تفقُّها مؤيدًا له بما ذكروا أنّه لو وطئ الرقيق أمة فرعه الحر لم يُحدَّ للشبهة، ولا بسرقة مالٍ سيّده أو أصليه أو فرعه أو ما ادَّعى أنّه مالٌ سيّده أو أصليه أو فرعه، وإن كان

السَّارِقُ مَكَاتِبًا أَوْ مُبْعَضًا، وَلَا بِسَرِقَةِ السَّيِّدِ مَالَ مَبْعُضٍ يَمْلِكُ بَعْضَهُ^(١). وَيُقَطَّعُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِسَرِقَةِ مَالِ الْآخَرِ، وَبَعْضُ الْأَقَارِبِ بِسَرِقَةِ مَالِ بَعْضِهِمْ.

(وَتُقَطَّعُ يَدُهُ الْيُمْنَى) وَلَوْ شَلَاءَ إِنْ أَمِنَ نَزَفَ الدَّمُ، أَوْ زَائِدَةُ الْأَصَابِعِ أَوْ فَاقَدَتْهَا خَلْقَةً أَوْ عَرُوضًا وَإِنْ تَكَرَّرَتِ السَّرِقَةُ قَبْلَ قَطْعِهَا، فَيَكْفِي قَطْعُهَا عَنِ الْجَمِيعِ، وَكَذَا يُقَالُ فِي رِجْلِهِ الْيُسْرَى وَمَا بَعْدَهَا، وَلَوْ سَقَطَتْ بَعْدَ السَّرِقَةِ بَاقِيَةٌ أَوْ غَيْرُهَا كَقَوْدٍ أَوْ شُلَّتْ وَخِيفَ نَزَفَ الدَّمُ، سَقَطَ الْقَطْعُ فَلَا يُقَطَّعُ مَا بَعْدَهَا.

وَأَمَّا تُقَطَّعُ (مِنْ مَفْصِلِ الْكُوعِ) بِحَادٍّ بَعْدَ أَنْ تُمَدَّ حَتَّى تَنْخَلِعَ تَسْهِيلًا لِلْقَطْعِ، وَكَذَا يُقَالُ فِي رِجْلِهِ الْيُسْرَى وَمَا بَعْدَهَا.

قال في «الروضة»^(٢): وَلِيَكُنِ الْمَقْطُوعُ جَالِسًا وَيُضَبَّطُ لَثْلًا يَتَحَرَّكَ.

(فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا) وَلَوْ الْمَسْرُوقُ أَوَّلًا بَعْدَ فَقْدِ يَدِهِ الْيُمْنَى لِقَطْعِهَا فِي السَّرِقَةِ الْأُولَى أَوْ لغيرِ ذَلِكَ أَوْ أَوَّلًا بَعْدَ فَقْدِهَا بَاقِيَةٌ أَوْ غَيْرُهَا كَقَوْدٍ أَوْ شَلْلِهَا مَعَ خَوْفِ نَزَفِ الدَّمِ (قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى) مِنْ مَفْصِلِ الْقَدَمِ بَعْدَ انْدِمَالِ يَدِهِ.

(فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا) بَعْدَ فَقْدِ يَدِهِ الْيُمْنَى وَرِجْلِهِ الْيُسْرَى لِقَطْعِهُمَا فِي السَّرِقَةِ أَوْ لغيرِ ذَلِكَ أَوْ أَوَّلًا أَوْ ثَانِيًا بَعْدَ فَقْدِهُمَا بَاقِيَةٌ أَوْ غَيْرُهَا عَلَى قِيَاسِ مَا قَبْلَهُ (قُطِعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى) مِنْ مَفْصِلِ الْكُوعِ بَعْدَ انْدِمَالِ مَا قَبْلَهَا عَلَى قِيَاسِ مَا تَقَدَّمَ، وَكَذَا فِي الْبَاقِي.

(فَإِنْ سَرَقَ رَابِعًا) بَعْدَ فَقْدِ الْأَعْضَاءِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ لِقَطْعِهَا فِي السَّرَقَاتِ أَوْ لغيرِ ذَلِكَ أَوْ أَوَّلًا أَوْ ثَانِيًا أَوْ ثَالِثًا بَعْدَ فَقْدِهَا بَاقِيَةٌ أَوْ غَيْرُهَا عَلَى قِيَاسِ مَا قَبْلَهُ أَيْضًا (قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى) مِنْ مَفْصِلِ الْقَدَمِ.

(١) ينظر «أسنى المطالب» (٤/١٤٠).

(٢) «روضة الطالبين» (١٠/١٤٩).

والقاطع للأعضاء المذكورة هو الإمام أو نائبه، فلو قطعها السارق بإذن الإمام أجزأ على ما في «الروض» كأصله قبيل الطرف الثاني من باب استيفاء القصاص، خلاف ما ذكرناه من أول الباب الثاني من أبواب الوكالة.

(فَإِنْ سَرَقَ بَعْدَ ذَلِكَ) أي: بعد قطع الأربع أو كانت مفقودة (عُزِّرَ) أي: عَزَّرَهُ الإمام أو نائبه بما يراه (وَقِيلَ: يُقْتَلُ صَبْرًا)؛ لَأَنَّهُ ﷺ أَمَرَ بِقَطْعِ السَّارِقِ فِي الْأَرْبَعَةِ وَقَالَ فِي الْخَامِسَةِ: «اقْتُلُوهُ». رواه أبو داود^(١) والنسائي^(٢).

وأجيب بأنه منسوخ، أو مؤول بقتله لاستحلال ونحوه، بل ضعفه الدارقطني وغيره.

وقال ابن عبد البر^(٣): إنه منكر لا أصل له.

وفي «القاموس»^(٤): صَبْرَهُ يَصْبُرُهُ حَبْسَهُ، وَصَبْرُ الْإِنْسَانِ وَغَيْرُهُ عَلَى الْقَتْلِ: أَنْ يُحْبَسَ وَيُرْمَى حَتَّى يَمُوتَ، وَقَدْ قَتَلَهُ صَبْرًا وَصَبْرَهُ عَلَيْهِ، وَرَجُلٌ صَبُورٌ وَمَصْبُورٌ لِلْقَتْلِ. انتهى. لكن المراد هنا أَنَّهُ يُمَسَكُ وَيُقْتَلُ.



(١) «سنن أبي داود» (٤٤١٠).

(٢) «سنن النسائي الكبرى» (٧٤٢٩).

(٣) «الاستذكار» (٥٤٩/٧).

(٤) «القاموس المحيط» (ص ٤٢١).

(فَصْلٌ)

فِي حُكْمِ قُطَاعِ الطَّرِيقِ

وَسُمُّوا بِذَلِكَ لِمَنْعِهِمُ الْمُرُورَ فِيهَا بِبُرُوزِهِمْ لِأَخْذِ الْمَالِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُعْلَمُ مِمَّا سَيَأْتِي.

وَمِنْ شُرُوطِهِمْ: التَّكْلِيفُ وَالْإِتِمَامُ، وَاعْتِمَادُ الْغَلْبَةِ وَالْقُوَّةِ، مَعَ الْبَعْدِ عَنِ الْغَوِثِ وَالْعَجْزِ عَنْ دَفْعِهِمْ، لَا الذَّكُورَةَ وَلَا الْحُرِّيَّةَ وَلَا الْعَدَدَ، فَخَرَجَ غَيْرُ الْمَكْلُوفِ وَغَيْرُ الْمَلْتَزِمِ كَالْمُعَاهِدِ وَمَنْ يَعْتَمِدُ الْهَرَبَ، أَوْ يُمْكِنُ دَفْعُهُ بِالْقُوَّةِ أَوْ الْإِسْتِغَاثَةِ، فَلَا تُثَبِّتُ لَهُمْ أَحْكَامُ الْقُطَاعِ حَتَّى لَوْ اسْتَسَلَمَتِ الْقَافِلَةُ لَهُمْ مَعَ إِمْكَانِ دَفْعِهِمْ لَمْ يَكُونُوا قُطَاعًا وَإِنْ ضَمِنُوا النَّفْسَ وَالْمَالَ، نَعَمْ يَعَزُّزُ الْمُرَاهِقُونَ^(١)، وَالْمَتَّجِعُ عِنْدِي الْإِكْتِفَاءُ بِالْتَّمْيِيزِ.

(وَقُطَاعُ الطَّرِيقِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ)؛

(١) لِأَنَّهُمْ (إِنْ قَتَلُوا) قَتْلًا يَوْجِبُ الْقِصَاصَ (وَلَمْ يَأْخُذُوا الْمَالَ: قُتِلُوا) وَتَحْتَمَّ قَتْلُهُمْ، فَلَا يَسْقُطُ بَعْفُ الْوَلِيِّ أَوْ الْإِمَامِ.

قَالَ فِي «الْخَادِمِ»: وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقْتَلَ لِأَخْذِ الْمَالِ كَمَا قَالَه الْبَنْدَنِيجِيُّ، فَلَوْ قَتَلَ لِغَيْرِهِ لَمْ يَتَحْتَمَّ قَتْلُهُ كَمَا حَكَاهُ فِي «الْكَفَايَةِ».

وَهَلْ يُصَدَّقُ فِي دَعْوَاهُ ذَلِكَ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَيُحْتَمَلُ التَّفْصِيلُ بَيْنَ أَلَّا يَأْخُذَ الْمَالَ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ؛ لِلْقَرِينَةِ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ ثُمَّ يَدَّعِي أَنَّهُ إِنَّمَا أَخْذَهُ بَعْدَ الْقَتْلِ فَلَا يُقْبَلُ؛ لِلتَّهْمَةِ. انْتَهَى.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٢) بَعْدَ إِبْرَادِ كَلَامِ الْبَنْدَنِيجِيِّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي ذَلِكَ إِذَا لَمْ

(١) فِي (ج): «الْمَافِقُونَ».

(٢) «قَوَاتِ الْمَحْتَاجِ» (٩/ ١٨٧).

يَأْخُذِ الْمَالَ، أَمَّا لَوْ أَخَذَهُ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ عَنْ ذَلِكَ بَعْدَ الْقَتْلِ فِيهِ نَظَرٌ. انْتَهَى.

وهذا منهُما صريحٌ في عدمِ اشتراطِ أَخْذِ الْمَالِ في تحتمُ القتلِ، بل يكفي قُضْدُ أَخْذِهِ، وفي أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِأَخْذِ الْمَالِ فِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَتْلُ لِأَجْلِهِ، وَمِمَّا يُوَيِّدُ عَدَمَ اشْتِراطِ الْأَخْذِ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَطَ لَمْ يَظْهَرْ تَمْيِيزُ هَذَا الْقَسْمِ عَنِ الْقَسْمِ الَّذِي بَعْدَهُ، فَمَا فِي «الْعَبَابِ» مِنَ التَّقْيِيدِ بِالْأَخْذِ فِيهِ نَظَرٌ.

(٢) (وَإِنْ قَتَلُوا) قَتْلًا يَوْجِبُ الْقِصَاصَ (وَأَخَذُوا الْمَالَ) أَي: نَصَابًا مِنْهُ كَمَا قَيَّدَ بِهِ الشَّيْخَانِ، وَقِيَاسُهُ اشْتِراطُ بَقِيَّةِ شُرُوطِ السَّرْقَةِ، (قَتَلُوا) وَتَحْتُمُ قَتْلَهُمْ أَخْذًا مِمَّا تَقْدَمُ، لَكِنْ قَضِيَّةٌ مَا تَقَرَّرَ فِي كَلَامِ الْأَذَرَعِيِّ^(١) وَالزَّرْكَشِيِّ عَدَمُ التَّحْتُمِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَتْلُ لِأَجْلِ أَخْذِ الْمَالِ (وَصَلُّوا) وَجُوبًا عَلَى خَشْيَةٍ وَنَحْوِهَا - بَعْدَ غَسْلِهِمْ وَتَكْفِينِهِمْ وَالصَّلَاةَ عَلَيْهِمْ - ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ بِلِيَالِيهَا، ثُمَّ أَنْزِلُوا إِنْ لَمْ يُخَفَّ تَغْيِيرُهُمْ قَبْلَهَا، وَإِلَّا أَنْزِلُوا حِينَئِذٍ.

وَأِنَّمَا لَمْ يَقْدَمِ الصَّلْبُ عَلَى الْقَتْلِ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ تَعْذِيبٍ، وَالْمُغْلَبُ فِي قَتْلِ الْقَاطِعِ الْمُحْتَمِ مَعْنَى الْقِصَاصِ فَلَا يُقْتَلُ بِمَنْ^(٢) لَا يَكَاِفُهُ وَتَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ، وَيُرَاعَى فِي قَتْلِهِ الْمُمَائِلَةُ، وَإِنْ مَاتَ فَالْدِيَّةُ فِي مَالِهِ، وَإِنْ عَفَى الْوَلِيُّ بِمَالٍ لَزِمَ وَقُتِلَ حَدًّا، وَمَنْ قَتَلَهُ بِلَا إِذْنِ الْإِمَامِ فَلَوْرَثَتِهِ دِيَّتُهُ عَلَى قَاتِلِهِ لَا الْقِصَاصُ، وَفِيهِ مَعْنَى الْحَدِّ فَلَا يَتَوَقَّفُ قَتْلُهُ عَلَى طَلَبِ مُسْتَحَقِّ الْقِصَاصِ فَيَقْتُلُهُ الْإِمَامُ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا.

(٣) (وَإِنْ أَخَذُوا الْمَالَ) بِشُرُوطِ السَّرْقَةِ السَّابِقَةِ (وَلَمْ يَقْتُلُوا) أَحَدًا (فَتَقَطَّعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ) يَعْنِي تُقَطَّعُ الْيَمْنَى لِلْسَّرْقَةِ وَالرُّجُلُ الْيُسْرَى لِلْمُحَارَبَةِ عَلَى الْأَرْجَحِ، وَقَطْعُهُمَا حَدٌّ وَاحِدٌ فَيُؤَالَى بَيْنَهُمَا فِيهِ، فَإِنْ فُقِدَتْ إِحْدَاهُمَا اكْتَفِيَ بِالْأُخْرَى، أَوْ فُقِدَتَا بَعْدَ الْأَخْذِ سَقَطَ الْقَطْعُ، أَوْ قَبْلَ الْأَخْذِ

(٢) فِي (ع)، (هـ): «مَنْ».

(١) «قُوتُ الْمُحْتَاجِ» (١٨٧/٩).

أَوْ أَخَذُوا ثَانِيًا بَعْدَ فَقْدِهِمَا لِقَطْعِهِمَا فِي الْأَخْذِ الْأَوَّلِ^(١)، أَوْ لغيرِهِ فَتُقَطَّعُ الْيَدُ الْيُسْرَى وَالرَّجُلُ الْيُمْنَى.

قال الأذَرَعِيُّ^(٢): وَسَكَنُوا هُنَا عَنْ تَوْقُفِ الْقَطْعِ عَلَى الْمُطَالَبَةِ بِالْمَالِ، وَعَلَى عَدَمِ دَعْوَى التَّمْلُكِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْمُسْقَطَاتِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَأْتِيَ فِيهِ مَا مَرَّ فِي السَّرْقَةِ. انْتَهَى.

وقال بعضهم: إِنَّ قِيَاسَ عَدَمِ تَوْقُفِ الْقَتْلِ الْمُتَحْتِمِّ عَلَى طَلَبِ الْمُسْتَحَقِّ عَدَمُ تَوْقُفِ الْقَطْعِ هُنَا عَلَى طَلَبِ صَاحِبِ الْمَالِ بِخِلَافِ السَّرْقَةِ.

(٤) (فَإِنْ أَخَافُوا^(٣)) الطَّرِيقَ (وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا) أَي: بِشُرُوطِ السَّرْقَةِ وَإِنْ أَخَذُوا مَا انْتَفَتْ عَنْهُ هِيَ أَوْ بَعْضُهَا كَمَا هُوَ قَضِيَّةٌ مَا تَقَدَّمَ؛ إِذْ لَا قَتْلَ حَيْثُذٍ وَلَا قَطْعَ، فَلْيُنَازِلْ، (وَلَمْ يَقْتُلُوا) أَحَدًا (حَبَسُوا) إِنْ رَأَى حَبْسَهُمْ (وَعَزَّزُوا) بِغَيْرِ الْحَبْسِ كَالْتَّغْرِيبِ بِحَسَبِ رَأْيِ الْإِمَامِ، وَالْوَاوُ بِمَعْنَى «أَوْ» الَّتِي لِمَنْعِ الْخُلُوءِ، وَالْمَقْصُودُ أَنَّهُ يَجِبُ تَعْزِيرُهُمْ بِمَا يَرَاهُ مِنْ حَبْسٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَيَمْتَدُّ الْحَبْسُ وَنَحْوُهُ إِلَى ظَهْوَرِ تَوْبَتِهِمْ وَالْحَبْسُ فِي غَيْرِ مَوْضِعِهِمْ أَوَّلَى.

(وَمَنْ تَابَ مِنْهُمْ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ) وَالظَّفَرُ بِهِ (سَقَطَ عَنْهُ الْحُدُودُ) الْمُخْتَصَّةُ بِقَطْعِ الطَّرِيقِ، وَهِيَ الصَّلْبُ وَقَطْعُ الْيَدِ وَالرَّجْلِ وَتَحْتُمُ الْقَتْلَ، (وَأَخَذَ بِالْحُقُوقِ) الْمُتَعَلِّقَةِ بِذَلِكَ، وَهِيَ الْقِصَاصُ وَالْمَالُ، فَإِنْ أَرَادُوا بِالْحُدُودِ مَا يَشْمَلُ غَيْرَ الْمُخْتَصِّ بِقَطْعِ الطَّرِيقِ كَحُدُودِ الزَّنا وَالسَّرْقَةِ وَشَرْبِ الْمُسْكِرِ فَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْنِ، وَالْأَظْهَرُ عِنْدَ الشَّيْخَيْنِ^(٤) وَغَيْرِهِمَا خِلَافُهُ.

(١) فِي (ج): «الْأَوَّلَى» وَفِي (ع): «أَوَّلًا».

(٢) «قَوْتُ الْمُحْتَاجِ» (١٨٧/٩).

(٣) فِي (ع): «خَافُوا».

(٤) «الشرح الكبير» (٢٥٨/١١)، و«روضة الطالبين» (١٥٨/١٠).

(فَصْلٌ) فِي الصِّيَالِ

وهو الاستطالة والثوب على الغير.

(وَمَنْ قَصِدَ) بصيغة المجهول خُرًا كان أو رقيقًا، ذكرًا كان أو أنثى، مسلمًا كان أو ذميًا من غيره ولو غير مكلف (بِأَذَى فِي نَفْسِهِ) كإتلاف لها كلاً أو بعضاً، ذاتاً أو منفعةً، أو جرح أو ضَرْب أو فاحشة؛ كتقبيل أنثى أو أمرء.

(أَوْ) فِي (مَالِهِ) وَإِنْ قَلَّ، أَوْ اخْتِصَاصِهِ كإتلافه أو أخذه، (أَوْ) فِي (حَرِيمِهِ) كزوجته أو أمته أو ولده، كإتلاف أو غيره ممَّا ذُكِرَ فِي نَفْسِهِ، وَشِمِلَتْ مِنْ غَيْرِ الْمَكْلُفِ، وَهُوَ صَحِيحٌ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ مِنَ الدَّفْعِ وَلَا يُلْحَقُهُ بِهِ ضَمَانٌ، لَكِنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْخَطَابُ.

(فَقَاتَلَ) بِسَبَبِ قَصْدٍ مَا ذُكِرَ ذَلِكَ الْقَاصِدَ بَأَن دَفَعَهُ (هَنْ ذَلِكَ) الْأَمْرَ الَّذِي قَصَدَهُ بِالْأَخْفِ فَلَا أَخْفَ وَجُوبًا فَلَا يَرْتَكِبُ دَافِعًا مَعَ كَفَايَةِ مَا دُونَهُ، وَإِلَّا ضَمِنَ كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ مَعَ إِمْكَانِ التَّخْلُصِ مِنْهُ بِالْإِسْتِغَاثَةِ أَوْ الْهَرَبِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْ الْأَخْفِ لِلتَّحَامِ الْقِتَالِ بَيْنَهُمَا وَخُرُوجِ الْأَمْرِ عَنِ الضَّبْطِ، أَوْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا الْأَثْقَلَ، أَوْ كَانَ الْقَاصِدُ غَيْرَ مَعْصُومٍ كحَرْبِيٍّ أَوْ مُرْتَدٍّ كَمَا قَالَهُ الْبُلْقِينِيُّ، أَوْ كَانَ الْقَصْدُ إِلَى الْفَاحِشَةِ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ^(١) وَالرُّوْيَانِيُّ^(٢).

وَيُخَالِفُهُ قَوْلُ «الرَّوْضَةِ»^(٣) كَأَصْلِهَا^(٤): إِذَا وَجَدَ رَجُلًا يَزْنِي بِأَمْرَاتِهِ أَوْ غَيْرِهَا لَزِمَتْهُ مَنَعُهُ وَدَفْعُهُ، فَإِنْ هَلَكَ فِي الدَّفْعِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ انْدَفَعَ بِضَرْبٍ وَغَيْرِهِ

(١) «الحاوي الكبير» (١٣/٤٥٤). (٢) «بحر المذهب» (١٣/١٥١).

(٣) «روضة الطالبين» (١٠/١٩٠). (٤) «الشرح الكبير» (١١/٣١٨).

نُفْسَ قَتْلِهِ لِرَمَاهِ الْقِصَاصُ إِنْ لَمْ يَكُنِ الزَّانِي مُحَصَّنًا، فَإِنْ كَانَ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الصَّحِيحِ. انْتَهَى.

(وَقَتْلَ) ذَلِكَ الْقَاصِدَ بَأَن أَدَّى دَفْعُهُ الْمَحْتَاجُ إِلَيْهِ إِلَى قَتْلِهِ أَوْ إِجْهَاضِ حَمْلِهِ إِذَا كَانَ امْرَأَةً حَامِلًا (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) أَي: لَا ضِمَانٌ عَلَيْهِ بِقِصَاصٍ وَلَا دِيَّةٍ وَلَا قِيمَةٍ وَلَا غُرَّةٍ وَلَا كَفَّارَةٍ، وَلَا إِنْ لَمْ لَجَوَّازِ دَفْعِهِ حِينَئِذٍ مَا لَمْ يَكُنْ مُكْرَمًا عَلَى إِتْلَافِ الْمَالِ، وَإِلَّا حُرِّمَ دَفْعُهُ، بَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَبْقِيَ رُوحَهُ بِمَالِهِ، وَإِنْ تَوَقَّفَ فِيهِ الْأَذْرَعِيُّ إِذَا كَانَ الْمَالُ حَيَوَانًا، وَلَعَلَّ التَّقْيِيدَ بِالرُّوحِ مِثَالًا، لَكِنْ يَبْعُدُ وَجُوبُ تَمْكِينِهِ مِنْ إِتْلَافِ حَيَوَانٍ نَفْسٍ لِأَجْلِ جَرْحٍ أَوْ ضَرْبٍ يَسِيرٍ.

وَلِكِلَيْهِمَا دَفْعُ الْمُكْرَمِ، بَلْ وَجُوبُ دَفْعِهِ فِي الْأَوَّلِ إِنْ كَانَ الْقَاصِدُ كَافِرًا وَلَوْ ذَمِيًّا أَوْ غَيْرَ مُحْتَرَمٍ كَزَانٍ مُحَصَّنٍ وَتَارِكٍ صَلَاةٍ وَقَاطِعِ طَرِيقٍ تَحْتَمُّ قَتْلُهُ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُسْتَشْنَى مِنْ وَجُوبِ دَفْعِ الْكَافِرِ مَا تَقَرَّرَ فِي بَابِ الْجِهَادِ فِيمَا لَوْ دَخَلَ الْكَافِرُ بِلَادَنَا أَنْ مَنْ جَوَّزَ الْأَسْرَ جَازَ لَهُ الْاِسْتِسْلَامُ.

وَفِي الثَّانِي إِنْ كَانَ الْمَالُ حَيَوَانًا يُرَادُ إِتْلَافُهُ أَوْ نَحْوُهُ، أَوْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِلْغَيْرِ كَرَهْنٍ وَإِجَارَةٍ كَمَا قَالَه الْأَذْرَعِيُّ، وَهُوَ قَرِيبٌ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي رَهْنِ التَّبَرُّعِ بَأَن أُعِيدَ لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ لَخُرُوجِ الرَّاهِنِ مِنْ عَهْدَتِهِ بِالْقَبْضِ وَاسْتِحْقَاقِ الْمُرْتَهِنِ التَّوَثُّقَ بِهِ لَا يَزِيدُ عَلَى مَلِكِهِ الَّذِي لَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِهِ الدَّفْعُ عَنْهُ، وَفِي الْإِجَارَةِ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمَالِكِ لِمِثْلِ مَا ذُكِّرَ، وَقَدْ ذَكَرُوا فِي غَضَبِ الْعَيْنِ الْمُؤْجَّرَةِ مَا لَهُ تَعَلُّقٌ بِذَلِكَ.

وَفِي الثَّلَاثِ حَيْثُ كَانَ الْقَصْدُ الْفَاحِشَةُ، وَاسْتَشْكِلَ عَدَمُ وَجُوبِ الدَّفْعِ عَنِ الْمَالِ فِي غَيْرِ مَا سَبَقَ بِوَجُوبِ النَّهْيِ عَنِ الْمَنْكَرِ (..) (١).

(١) بَيَاضٌ فِي السِّنْخِ بِمِقْدَارِ سَطْرَيْنِ، وَكُتِبَ فِي هَامِشٍ (ع). بَيَاضٌ فِي أَصْلِهِ.

وكنفسه وماله وحريمه نفس غيره وماله وحريمه في جواز الدفع ووجوبه على التفصيل المذكور، فقد قال في «أصل الروضة»^(١): وهل يجب الدفع عن الغير؟ فيه ثلاثة طرق أصحها: أنه كالدفع عن نفسه، فيجب حيث يجب ولا يجب حيث لا يجب. انتهى.

وقضيته عدم وجوب الدفع عن حريمه إذا كان القصد غير الفاحشة كالقتل، ولا ينافي ذلك قوله قبل ذلك: وإن قصد أهله وجب عليه الدفع بما أمكنه؛ لأنه لا مجال للإباحة فيه. انتهى؛ لأنه مصور بقصدهم للفاحشة، ولهذا لما عبر «الروض»^(٢) بقوله: ويجب أي: الدفع عن الحريم^(٣).

قال في «شرح»^(٤): والمراد الدفع عن البضع ومقدماته. انتهى.

لكن لما قال في «التنبيه»^(٥): «فإن قصد حريمه وجب عليه الدفع عنه» جعله شراؤه شاملاً لغير الفاحشة أيضاً، ثم حكوا خلافاً في الوجوب في غير حريمه. وعبارة ابن النقيب في «مختصر الكفاية»: وإن قصد حريمه أي: كوليده وزوجته ونحوهما بقتل، أو لينال من أحدهم فاحشة كما قال الماوردی^(٦) وجب عليه الدفع لتحريم إباحة ذلك؛ لأنه حق غيره.

وقيل في الوجوب الخلاف في وجوب الدفع عن نفسه، والمذهب هو الأول، وجزم به البغوي والمتولي، إلى أن قال: فرغ: هل يجب الدفع عن الغير إذا لم يكن من حريمه؟ فيه طرق أصحها أنه كالدفع عن نفسه. انتهى.

(١) «الشرح الكبير» (٣١٦/١١).

(٢) «روض الطالب» (٢/٦٥٠).

(٣) في (ج)، (ش)، (هـ). «المحرم».

(٤) «أسنى المطالب» (٤/١٦٨).

(٥) «كفاية النية في شرح التنبيه» (٢٨٩/١٦).

(٦) «الحاوي الكبير» (١٣/٤٥٤).

ومثله في «شرح الزَّنْكَلُونِي» وغيره، وتَبِعَهُمُ الشَّارِحُ^(١) في جميع ذلك.

نَعَمْ لَوْ صِيلَ عَلَى نَحْوِ وَدِيعَةٍ فِي يَدِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّفْعُ، أَوْ عَلَى مَرْهُونٍ وَمَوْجَّرٍ عِنْدَهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الدَّفْعُ فِيمَا يَظْهَرُ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ لِلرَّاهِنِ مِنْ أَفْرَادِ مَالِ الْغَيْرِ الَّذِي لَا يَجِبُ الدَّفْعُ عَنْهُ، وَبِالنِّسْبَةِ لِلْمُرْتَهِنِ الَّذِي حَقُّهُ مُجَرَّدُ التَّوَثُّقِ بِهِ لَا يَزِيدُ عَلَى مَلِكِهِ الَّذِي لَا يَجِبُ الدَّفْعُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى مَرْهُونِهِ وَمَوْجَّرِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ التَّرَمَّةِ لِلْغَيْرِ فَوَجَبَ حِفْظُهُ عَلَيْهِ، وَيَحْتَمِلُ خِلَافَ ذَلِكَ، فَلْيُتَأَمَّلْ.

وَحَيْثُ وَجَبَ الدَّفْعُ فَشَرْطُهُ الْأَمْنُ عَلَى النَّفْسِ، نَعَمْ فِي سَقُوطِ وَجُوبِ دَفْعِ قَاصِدِ الْقَتْلِ أَوْ الْفَاحِشَةِ بِخَوْفٍ نَحْوِ جَرَحٍ أَوْ ضَرْبٍ يَسِيرٍ نَظَرٌ ظَاهِرٌ.

وَلَوْ صِيلَ عَلَى امْرَأَةٍ لِلزَّنا بَهَا حُرْمٌ عَلَيْهَا الْاِسْتِسْلَامُ وَإِنْ لَمْ تَأْمَنْ عَلَى نَفْسِهَا. وَشَمِلَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ مَنْ قَصَدَ الدِّمِّيَّ كَمَا تَقَدَّمَ، فَلَهُ دَفْعُ الْمُسْلِمِ وَإِنْ أَدَّى إِلَى قَتْلِهِ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَى غَيْرِهِ دَفْعُ قَاصِدِهِ حَتَّى الْمُسْلِمِ لانتفاءِ الشَّهَادَةِ عَنْ قَتْلِهِ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَيَتَّجِعُ الْوَجُوبُ؛ إِذْ لَا يَنْحَطُّ عَنْ حَالِ قَصْدِ إِتْلَافِهِ أَوْ نَحْوِهِ، فَإِنَّهُ يَجِبُ دَفْعُ قَاصِدِهِ حَتَّى مَالِكِهِ، وَيَشْمَلُهُ فِي غَيْرِ الْمُسْلِمِ مَا تَقَدَّمَ عَنْ «أَصْلِ الرَّرُوضَةِ»^(٢)، وَقَوْلِ «الرَّرُوضِ»^(٣) وَ«شَرْحِهِ»^(٤)؛ وَكَذَا يَجِبُ الدَّفْعُ عَنْ نَفْسِهِ وَغَيْرِهِ الْمُحْتَرَمِينَ إِنْ قَصَدَهُ كَافِرٌ أَوْ بَهِيمَةٌ. انْتَهَى.

وَفِي تَقْيِيدِ الْغَيْرِ الْمُسْلِمِ بِالاحْتِرَامِ نَظَرٌ، وَقِيَاسٌ وَجُوبِ الدَّفْعِ عَلَى غَيْرِهِ وَجُوبُهُ عَلَى نَفْسِهِ، فَلْيُتَأَمَّلْ.

(٢) «الشرح الكبير» (١١/٣١٦).

(١) الجصني في «كمائة الأخبار» (ص ٤٨٩).

(٤) «أسنن المطالب» (٤/١٦٨).

(٣) «روض الطالب» (٢/٦٥٠).

(وَعَلَى رَاكِبِ الدَّابَّةِ) وحده وإن كان معه سائق وقائد (ضَمَانٌ مَا أَتْلَفْتُهُ دَابَّتُهُ) ومثلها ولدها السائب معها بيدها أو رجلها أو غيرهما، وإن لم يكن مالكاً لها بل مُستعيراً أو مُستأجراً أو غاصباً مكلفاً أو غيره، ولا ينافي ذلك إضافة الدابة إليه؛ لأنها بمعنى الملابس والمصاحبة.

ولو لم يكن معها إلا سائق أو قائد ضمّن ما أتلفته أيضاً، فإن كان معها ضمناً نصفين أو كان عليها راكبان فوجهان، أرجحهما: ضمان المقدّم فقط، وإن كانا لو تنازعاها جعلت بينهما؛ لأن اليد^(١) لهما وكان وجه تضمين المقدّم أن سيرها منسوب إليه، وقد يؤخذ من هذا ما يتّجه أنه لو لم يكن للمقدّم دخل في سيرها بوجه كمرضي لا حركة له محضون للمؤخر بحيث لا يستمسك بنفسه كان الضمان على المؤخر، إذ المقدّم حينئذ كمتاع على الدابة.

وقضية كلام المصنّف وغيره تضمين الرّاكِب وإن كان الزمام بيد غيره، وقال ابنُ يونس: لعلّ تضمين الرّاكِب إذا كان الزمام بيده، وأنه يضمن إذا كان أعمى معه بصير يقود به، وأنه يضمن وإن غلبته الدابة وهو قضية كلام الشيخين^(٢)، ولو غلبت مسيرها فانفلتت وأتلفت لم يضمن لخروجها من يده، وإن كانت يده عليها وأمسك لجامها وكبت رأسها ففي ضمان ما أتلفت قولان.

وقضية كلام الشيخين^(٣) الضمان، ولو نخسها غيره فأتلفت كان الضمان على النّاخس، وحيث قيل بالضمان فمحلّه إذا لم يقصّر صاحب المال، وإلا كان وضعه بالطريق أو عرضه للدابة فلا ضمان. ولو كانت الدابة وخدّها فإن اعتيد إرسالها وحدها في ذلك الوقت فلا ضمان، وإلا فالضمان.

(١) في (ج)، (ش)، (هـ): «المقدم».

(٢) «الشرح الكبير» (٣٣٦/١١)، و«روضة الطالبين» (٢٠٢/١٠).

(٣) «الشرح الكبير» (٣٣٦/١١)، و«روضة الطالبين» (٢٠٢/١٠).

(فَصْلٌ)
فِي قِتَالِ الْبَغَاةِ

وَهُمُ الْخَارِجُونَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ وَلَوْ جَائِزًا لِحُرْمَةِ الْخُرُوجِ عَلَيْهِ بِتَأْوِيلٍ فَاسِدٍ غَيْرِ قَطْعِيِّ الْفَسَادِ.

(وَيُقَاتَلُ) وَجُوبًا (أَهْلُ الْبَغْيِ) أَي: مُخَالَفَةُ الْإِمَامِ (بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ) جَمْعُ شَرِيطَةٍ:

(١) (أَنْ يَكُونُوا فِي مَنَعَةٍ) أَي: شَوْكَةٍ وَقُوَّةَ بَحِيثٍ لَا يَسْهُلُ ^(١) الظَّفَرُ بِهِمْ، وَمِنْ لَازِمِ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ مُطَاعًا؛ إِذْ لَا شَوْكَةَ لِمَنْ لَا مُطَاعَ لَهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ إِمَامٌ، بَلْ يَحْتَاجُ الْإِمَامُ فِي رُدِّهِمْ إِلَى الطَّاعَةِ إِلَى بَذْلِ مَالٍ وَإِعْدَادِ رِجَالٍ وَنَضْبِ قِتَالٍ وَنَحْوِهَا، فَلَوْ كَانُوا أَفْرَادًا يَسْهُلُ الظَّفَرُ بِهِمْ فَلَيْسُوا بِبَغَاةٍ.

(٢) (وَأَنْ يَخْرُجُوا عَنِ الْإِمَامِ) وَيَدِهِ، وَإِلَّا فَلَيْسُوا بِبَغَاةٍ.

(٣) (وَأَنْ يَكُونَ لَهُمْ تَأْوِيلٌ) فِي مُخَالَفَةِ الْإِمَامِ (سَائِغٌ) أَي: مُحْتَمَلٌ، بَحِيثٌ يَجُوزُونَ ^(٢) بِهِ الْخُرُوجَ عَنْ طَاعَتِهِ، بَأَلَّا يَكُونَ قَطْعِيَّ الْبُطْلَانِ، وَإِلَّا فَلَيْسُوا بِبَغَاةٍ، وَالْمُرْتَدُّونَ إِذَا خَرَجُوا عَلَى الْإِمَامِ لَا يَعَامَلُونَ بِأَحْكَامِ الْبَغَاةِ.

(و) لِلْبَغَاةِ أَحْكَامٌ: مِنْهَا أَنَّهُ (لَا يُقْتَلُ أَسِيرُهُمْ) بَلْ يُطْلَقُ لَكِنْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ وَتَفَرُّقِ جَمْعِهِمْ، إِلَّا إِنْ خِيفَ عَوْدُهُمْ إِلَى الْقِتَالِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ صَيًّا أَوْ امْرَأَةً أَوْ رَقِيقًا وَلَمْ يِقَاتِلْ أُطْلِقَ بِمُجَرَّدِ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ، أَوْ كَانَ كَامِلًا وَأَطَاعَ الْإِمَامَ بِاخْتِيَارِهِ فَيُطْلَقُ وَإِنْ بَقِيَ الْحَرْبُ.

(١) فِي (ش) «يَحْصُلُ».

(٢) فِي (ج) «يَحْزُونَ».

وَلَا يُتَّبَعُ مَدْبُرُهُمْ وَاحِدًا كَانَ أَوْ أَكْثَرَ، حَتَّى لَوْ انْهَزَمُوا مَتَفَرِّقِينَ بَحِثُ
بَطَلَتْ شَوْكُهُمْ وَاتَّفَاقُهُمْ تَرْكُنَاهُمْ وَإِنْ خَفْنَا اجْتِمَاعَهُمْ فِي الْمَالِ، فَإِنْ انْهَزَمُوا
مَجْتَمِعِينَ تَحْتَ رَايَةٍ زَعِيمِهِمْ اتَّبَعْنَاهُمْ حَتَّى يَرْجِعُوا إِلَى الطَّاعَةِ أَوْ يَتَفَرَّقُوا.

(وَلَا يُنْفَضُّ مَالُهُمْ) بَلْ يُرَدُّ إِلَيْهِمْ مَا عَدَا الْخَيْلَ وَالسَّلَاحَ مِنْهُ عِنْدَ انْقِضَاءِ
الْحَرْبِ، وَإِنْ خَفْنَا عَوْدَهُمْ إِلَى الْقِتَالِ، وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ أَمْوَالِهِمْ وَلَوْ خَيْلًا
وَسِلَاحًا إِلَّا لَظُرُورَةٍ، كَانَ تَعَيَّنَ السَّلَاحُ لِلدَّفْعِ وَالْخَيْلُ لِلْهَزِيمَةِ.

وَقَضِيَّةُ «الرَّوْضَةِ»^(١) وَجُوبُ أَجْرَةِ اسْتِعْمَالِهَا كَالْمُضْطَرِّ إِذَا أَكَّلَ طَعَامَ الْغَيْرِ
يَلْزَمُهُ بِدَلِّهِ.

وَقَضِيَّةُ «الْأَنْوَارِ»^(٢) خِلَافُهُ، وَهُوَ الْأَوْفُقُ بِمَا يَأْتِي أَنَّهُ لَا ضَمَانَ بِمَا يَتَلَفُّ
حَالَ الْقِتَالِ، وَفَارَقَ مَسْأَلَةَ الْمُضْطَرِّ بِأَنَّ الضَّرُورَةَ فِيهَا نَشَأَتْ مِنَ الْمُضْطَرِّ
بِخِلَافِهَا هُنَا، فَإِنَّهَا نَشَأَتْ مِنَ الْمَالِكِ.

(وَلَا يُدْفَعُ عَلَى جَرِيحِهِمْ) أَي: لَا يَعَجَلُ قَتْلُهُ.

وَمِنْهَا أَنَا نَقَبْلُ شَهَادَتَهُمْ وَنَنْفِذُ قَضَاءَهُمْ حَيْثُ يَنْفِذُ قَضَاءُ قَاضِينَا إِنْ عَلِمْنَا
أَنَّهُمْ لَا يَسْتَحِلُّونَ دِمَاءَنَا وَأَمْوَالَنَا عُدُوَانًا بِالْبَاطِلِ لِيَتَوَصَّلُوا بِذَلِكَ إِلَى إِرَاقَةِ
دِمَائِنَا وَاتِّلَافِ أَمْوَالِنَا، وَلَمْ يَكُونُوا خَطَّائِيَّةً فَإِنْ كَانُوا خَطَّائِيَّةً امْتَنَعَ مِنَّا ذَلِكَ
أَيْضًا، وَإِنْ لَمْ يَسْتَحِلُُّوا مَا ذُكِرَ، لَكِنْ مُحَلَّهٌ إِنْ فَعَلُوا ذَلِكَ مَعَ مُوَافِقِيهِمْ^(٣)، نَعَمْ
إِنْ بَيَّنُّوا فِي شَهَادَتِهِمُ السَّبَبَ قُبِلَتْ لَانْتِفَاءِ التَّهْمَةِ حَيْثُ.

وَمِنْهَا: أَنَّ مَا أَتْلَفُوهُ عَلَيْنَا مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ لَظُرُورَةِ الْحَرْبِ بِخِلَافِهِ بِلَا حَاجَةٍ
أَوْ أَتْلَفْنَاهُ عَلَيْهِمْ كَذَلِكَ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَمِثْلُهُمْ فِي هَذَا ذُو الشُّوْكَةِ بِلَا تَأْوِيلٍ.

(٢) «الأنوار» (٣/ ٢٧٧).

(١) «روضة الطالبين» (١٠/ ٥٩).

(٣) في (ج)، (ع) «موافقتهم».

(فَصْلٌ)

فِي الرَّدَّةِ

وهي قطع الإسلام بقول أو فعل أو غيرهما.

(وَمَنِ ارْتَدَّ) وصَحَّتْ رَدَّتُهُ بَأَن كَانَ مَكْلَفًا مُخْتَارًا أَيْ: رَجَعَ (عَنِ الْإِسْلَامِ) إلى الكفر والعبادُ بالله تعالى؛ كسجود غير أسير في دار الحرب بحضرتهم لصنم، والقاء قرآن أو حديث بقدر ولو طاهرًا على وجه الاستحقاق لا لنحو خوف أخذ كافر له وإن حرَّم، وكالقاء ذلك على القدر إلقاء القدر عليه كما هو ظاهر.

واختلفَ مشايخنا في مسح لوح متعلِّم القرآن بالبصاق، فأفتى بعضهم بحرمة مطلقًا، وبعضهم بحله مطلقًا، وبعضهم بحرمة إن بصق عليه ثُمَّ مَسَحَ، وحله إن أخذ البصاق بنحو خرقه ثُمَّ مَسَحَ به، ولم يقل أحدٌ منهم بالكفر، ووجهه أنَّ قصدَ إزالته لكتابة غيره في محله صارفٌ عن الاستخفاف.

أو اعتقدَ قِدمَ العالمِ أو حدوثَ الصَّانع، أو جحدَ آيةٍ من القرآن مجمعًا عليها، أو زاد فيه كلمةً مُعتقدًا أنَّها منه، أو حلَّلَ مُحَرَّمًا مُجمعًا على تحريمه معلومًا من الدين بالضرورة كالزنا، أو نفى وجوبَ مُجمع عليه معلومًا من الدين بالضرورة؛ كالصلوات الخمس، أو كذبَ نبيًّا أو نقضه، أو قذفَ عائشة، أو قال: الله ثالثُ ثلاثة، أو صدَّقَ مدَّعي النبوة بعد نبيِّنا ﷺ.

أو عزمَ على الكفر أو علَّقه أو رَضِيَ به أو تردَّدَ هل يكفر، أو قال: توفني إن شئتَ مُسلمًا أو كافرًا، أو قال: أخذت مالي وولدي فماذا بقي لم تفعله، أو ضلَّلَ الأمة، أو كفرَ الصحابة، أو أنكرَ البعث، أو أنكرَ مكة أو الكعبة أو المسجد الحرام، أو الجنة أو النار، أو الحساب أو الثواب أو العقاب.

نَعَمْ لَا كُفْرَ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَذْكُورَاتِ مِنْ جَاهِلٍ قَرُبَ إِسْلَامُهُ أَوْ بَعُدَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ.

وَالْوَجْهُ فَيَمَنْ قَالَ: «عَلِمَ اللَّهُ كَذَا كاذِبًا» عَدِمَ كُفْرُهُ بِمُجَرِّدِ ذَلِكَ؛ إِذْ غَايَتُهُ الْكَذِبُ، وَهُوَ بِمُجَرِّدِهِ لَيْسَ كُفْرًا، فَإِنْ قَالَ عَلَى وَجْهِ الْأَسْتِخْفَافِ، أَوْ اعْتِقَادِ عَدَمِ مَطَابَقَةِ عَلَيْهِ تَعَالَى بِذَلِكَ الشَّيْءِ لِلْوَاقِعِ، أَوْ تَجْوِيزِ عَدَمِ الْمَطَابَقَةِ، فَلَا تَوَقُّفَ فِي كُفْرِهِ حِينَئِذٍ، وَهَذَا أَوَّلَى مِنَ (الْجَوَاهِرِ بِالْكُفْرِ) ^(١).

وَالْوَجْهُ أَيْضًا فَيَمَنْ لَمْ يَصُلِّ إِلَّا لِلْخَوْفِ مِنَ الْعَذَابِ بِحَيْثُ إِنَّهُ لَوْلَا الْخَوْفُ مَا صَلَّى عَدِمَ إِطْلَاقُ كُفْرِهِ أَيْضًا، بَلْ إِنْ اعْتَقَدَ مَعَ ذَلِكَ اسْتِحْقَاقَهُ تَعَالَى الْعِبَادَةَ فَلَا كُفْرًا؛ لِأَنَّ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّهُ لَوْلَا الْخَوْفُ عَصَى، وَمُجَرَّدُ الْعِصْيَانِ وَقُضْدُهُ لَيْسَ كُفْرًا، وَإِنْ اعْتَقَدَ عَدَمَ اسْتِحْقَاقِ الْعِبَادَةِ فَلَا تَوَقُّفَ فِي كُفْرِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْتَقِدْ وَاحِدًا مِنَ الْأَمْرَيْنِ بِمَعْنَى الْغَفْلَةِ عَنْهُمَا فَفِيهِ نَظَرٌ، وَلَا يَبْعُدُ عَدَمُ الْكُفْرِ.

(اسْتِثْنَاءٌ) وَجُوبًا بِأَنْ يُؤْمَرَ بِالشَّهَادَتَيْنِ فَيَأْتِي بِهِمَا مَعَ تَرْتِيبِهِمَا وَمَوَالِيَتِهِمَا وَإِنْ كَانَ مَقْرَأًا بِأَحَدَاهُمَا، وَإِنْ كَانَ كُفْرُهُ بِإِنْكَارِ مَا لَا يَنْفِيهِ الْإِقْرَارُ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدَاهُمَا كَأَنْ خَصَّصَ رِسَالَتَهُ ﷺ بِالْعَرَبِ، أَوْ جَحَدَ فَرْضًا أَوْ تَحْرِيمًا وَجَبَ مَعَ الشَّهَادَتَيْنِ الْاعْتِرَافُ بِمَا أَنْكَرَهُ، بِأَنْ يَعْتَرِفَ فِي الْأَوَّلِ بِأَنْ مُحَمَّدًا ﷺ رَسُولُ اللَّهِ إِلَى جَمِيعِ الْخَلْقِ، وَظَاهَرُهُ أَنَّهُ يَكْفِيهِ الْاعْتِرَافُ بِرِسَالَتِهِ إِلَى الْإِنْسِ وَالْجِنِّ؛ لِأَنَّ رِسَالَتَهُ إِلَى الْمَلَائِكَةِ مُخْتَلِفٌ فِيهَا، أَوْ يَبْرَأُ مِنْ كُلِّ دِينٍ يَخَالِفُ دِينَ الْإِسْلَامِ، وَيَرْجِعُ فِي الثَّانِي عَنْ جَحْدِهِ.

وَاخْتَلَفَ فِي اشْتِرَاطِ لَفْظِ «أَشْهَدُ»، وَالْوَجْهُ عَلَى اشْتِرَاطِهِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ

(١) فِي (ك) «الْجَوَابُ بِالْكُفْرِ» فِي (ش). «الْجَوَاهِرُ بِالْكُفْرِ» فِي (ج). «الْجَوَاهِرُ الْمَكْمُرُ». فِي (هـ).

تكريره عند العطف، وكلامُ الشيخين في الكفارة^(١) لا ينافي ذلك إذا شهد فيه من الحكاية دون المحكي كما يظهر بالتأمل.

قال الإمام: وإذا أسلمَ فليس إسلامه توبةً من كفره، وإنما توبته ندمه على كفره^(٢)، ولا يُتصور أن يؤمنَ ولا يندمَ على كفره، بل يجبُ مقارنة الإيمان للندم على الكفر، والوجه أنه حيثُ صحَّ إسلامه غُفِرَ له بقيةُ الذنوب وإن لم يثب عنها بخصوصها كما دلَّت على ذلك النصوصُ وكلامُ الأئمة كما أوضحنا ذلك في غير هذا المَحَلِّ، خلافاً لما قاله الزركشي تبعاً للبيهقي.

ولو صَلَّى كافرٌ بدارِ الحربِ أو بدارِ الإسلامِ لم يُحكَمْ بإسلامه إلا إن سُمِعَ تلفُّظه بالشهادتين، أو كان مرتدًّا وصَلَّى بدارِ الحربِ حُكِمَ بإسلامه، بخلاف ما لو صَلَّى بدارنا؛ لأنَّ صلاته في دارنا قد تكونُ تَقِيَّةً، وفي دارِ الحرب لا تكونُ إلا عن اعتقادٍ صحيح.

والاستتابةُ تكونُ في الحال، فلا يجوزُ تأخيرُها، نعم يُندَبُ تأخيرُ السَّكرانِ إلى صُخْرِهِ، وقيل: يستتابُ (ثلاثًا) من الأيام، وليس في هذا إفساحٌ بدخول جميع ليالي الثلاثة أو عدومه.

قال في «أصل الروضة»^(٣): ولا خلاف أنه لو قُتِلَ قبل الاستتابة لم يجب بقتله شيءٌ أي: غيرُ التعزير وإن كان القاتل مسيئًا^(٤) بفعله.

(فَلْيَنْ قَابَ) بأن أتى بالشهادتين على الوجه السابق قبلت توبته وصحَّ إسلامه، وإن كان زنديقًا تنهَى خُبْتُ عقيدته أو تَكَرَّرَتْ رَدُّته لكن يُعَزَّرُ إن تَكَرَّرَتْ، وتوبةُ الكافر من كفره قطعُة القبول بخلاف غيرها.

(٢) «روضة الطالبين» (١١/٢٥٠)

(١) في (ش)، (ج)، (هـ): «الكفاية».

(٤) في (ش)، (ج)، (هـ): «القتل مسيء».

(٣) «الشرح الكبير» (١١/١١٦).

(وَالْأَلَا) يَتَّبُ كَذَلِكَ (قُتِلَ) وَجُوبًا، سَوَاءٌ فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ، أَي: قَتَلَهُ الْإِمَامُ وَلَوْ بَنَائِيهِ بِضَرْبِ رَقَبَتِهِ، فَإِنْ قَتَلَهُ غَيْرُ الْإِمَامِ مُطْلَقًا، وَإِنْ اشْتَغَلَ عَنْهُ الْإِمَامُ بِمَا هُوَ أَهَمُّ مِنْهُ أَوْ الْإِمَامُ بِغَيْرِ ضَرْبِ رَقَبَتِهِ عَزَّزَ.

(وَلَمْ يُغَسَّلْ) أَي: لَا يَجِبُ تَغْسِيلُهُ، لَكِنْ يَجُوزُ كَغَيْرِهِ مِنَ الْكَفَّارِ (وَلَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ) أَي: تَحْرُمُ الصَّلَاةُ عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْكَفَّارِ (وَلَمْ يُكَفَّنْ^(١)) أَي: لَمْ يَجِبْ تَكْفِينُهُ وَإِنْ جَازَ (وَلَمْ يُدْفَنْ) إِنْ أُريدَ دَفْنُهُ، فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ بَلْ يَجُوزُ إِغْرَاءُ الْكَلَابِ عَلَى جِيفَتِهِ (فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ) أَي: يَحْرُمُ ذَلِكَ كَعَكْسِهِ، بَلْ وَلَا فِي مَقَابِرِ الْكَافِرِينَ بَلْ بَيْنَ الْمَقْبَرَتَيْنِ.



(١) جاءت في (ع)، (ن) من الشرح.

(فَصْلٌ)

فِي حُكْمِ تَارِكِ الصَّلَاةِ

(وَتَارِكِ الصَّلَاةِ) الَّتِي هِيَ إِحْدَى الْخُمْسِ (عَلَى صَرَبَيْنِ):

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَتْرُكَهَا غَيْرَ مُعْتَقِدٍ لِوُجُوبِهَا) مَعَ تَكْلِيفِهِ وَعَدَمِ جَهْلِهِ جَهْلًا يُعَذَّرُ بِهِ لِكَوْنِهِ بَيْنَ أَظْهَرِ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنَّمَا لَمْ أَقُلْ مَعَ تَكْلِيفِهِ وَعَلَمِهِ بِوُجُوبِهَا أَوْ جَهْلِهِ بِهِ جَهْلًا لَا يُعَذَّرُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَظِمُ الْعِلْمُ بِوُجُوبِهَا مَعَ عَدَمِ اعْتِقَادِ وَجُوبِهَا (فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ^(١)) وَتَقَدَّمَ بَيَانُ حُكْمِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُرْتَدًّا بِذَلِكَ، بَلْ بَعْدَ اعْتِقَادِ وَجُوبِهَا وَإِنْ فَعَلَهَا كَمَا عَلِمَ مِمَّا تَقَدَّمَ.

(وَالثَّانِي: أَنْ يَتْرُكَهَا) بَأَنْ يُخْرِجَهَا عَنْ وَقْتِهَا (مُعْتَقِدًا وَجُوبَهَا، فَيُسْتَتَابُ) فِي الْحَالِ عَلَى الْأَصَحِّ وَجُوبًا كَمَا هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ «الرَّوْضَةِ»^(٢) وَ«أَصْلِهَا»^(٣) وَ«الْمَجْمُوعِ»^(٤) كَالْمُرْتَدِّ، لَكِنْ صَحَّحَ فِي «التَّحْقِيقِ»^(٥) نَدْبَهَا، وَعَلَيْهِ فَرَّقَ الْإِسْنَوِيُّ^(٦) بَأَنَّ الرَّدَّةَ تَخْلُدُ فِي النَّارِ، فَوَجَبَ إِنْقَاذُهَا مِنْهَا بِخِلَافِ تَرْكِ الصَّلَاةِ.

وَقَدْ يُنْظَرُ فِيهِ بِأَنْ اسْتَتَابَتْهُ مِنْ قِبَلِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ، وَهُوَ وَاجِبٌ فِي الْوَاجِبِ، وَذَلِكَ أَيْ: الْاسْتَتَابَةُ بِأَنْ يُؤَمَّرَ بَعْدَ خُرُوجِ وَقْتِهَا بِقَضَائِهَا فِي غَيْرِ الْجُمُعَةِ، وَبِالتَّوْبَةِ الْمَعْرُوفَةِ فِيهَا، إِذْ لَا قَضَاءَ لَهَا بَعْدَ مَطَالِبَتِهِ بِهَا عِنْدَ ضَيْقِ وَقْتِهَا الْحَقِيقِيِّ، وَتَوَعُّدُهُ حَيْثُ يُدْعَى بِالْقَتْلِ إِنْ أَخْرَجَهَا عَنِ الْوَقْتِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ فِي مَطَالِبَتِهِ وَتَوَعُّدِهِ فِي غَيْرِ الْجُمُعَةِ أَنْ يَبْقَى مِنَ الْوَقْتِ الْحَقِيقِيِّ مَا يَسَعُ جَمِيعَهَا

(١) فِي (ش)، (هـ)، «المرتدين».

(٢) «روضة الطالبين»، (٢/١٤٦).

(٣) «الشرح الكبير»، (٢/٤٦٢).

(٤) «المجموع شرح المذهب»، (٣/١٦).

(٥) «التحقيق»، (ص ١٦٠).

(٦) «المهمات»، (٣/٥٢٢).

حَتَّى لَا تَكْفِيَ الْمُطَالِبَةُ وَالتَّوَعُّدُ إِذَا بَقِيَ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ وَسِعَ الْأَدَاءُ بَأَنْ يَبْقَى
رُكْعَةً أَوْ يَكْفِيَ أَنْ يَبْقَى مَا يَسَعُهَا أَدَاءً؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَالثَّانِي غَيْرُ بَعِيدٍ.

وَأَمَّا الْجُمُعَةُ فَالْوَجْهُ فِيهَا اشْتِرَاطُ بَقَاءِ مَا يَسَعُ رُكْعَتَيْنِ وَخُطْبَتَيْنِ لِتَحْقُقِ
فَوَائِهَا إِذَا بَقِيَ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ.

(فَإِنْ تَابَ، وَ) ذَلِكَ فِي غَيْرِ الْجُمُعَةِ بَأَنْ (صَلَّى) أَي: قَضَى الصَّلَاةَ، وَفِي
الْجُمُعَةِ بَأَنْ أَتَى بِأَرْكَانِ التَّوْبَةِ الْمَعْرُوفَةِ؛ إِذْ لَا قَضَاءَ لَهَا سَقَطَ الْقَتْلُ، وَكَالتَّوْبَةِ
بِالْمَعْنِيِّينَ فِي سَقُوطِ الْقَتْلِ الْإِعْتِذَارُ، كَانَ قَالَ: صَلَّيْتُ فِي بَيْتِي أَوْ تَرَكْتُهَا نَاسِيًا أَوْ
لِلْبَرْدِ، أَوْ لِعَدَمِ الْمَاءِ، أَوْ لِنَجَاسَةٍ كَانَتْ عَلَيَّ، أَوْ نَحْوَهَا مِنَ الْأَعْذَارِ، صَحِيحَةٌ
كَانَتْ أَوْ بَاطِلَةٌ.

وَلَا بَدَّ مِنْ أَمْرِهِ بِهَا بَعْدَ ذِكْرِ الْعَذْرِ، أَي: وَجُوبَتَا فِي الْعَذْرِ الْبَاطِلِ، وَنَدَبًا فِي
الصَّحِيحِ فِيمَا يَظْهَرُ كَمَا فِي «شَرْحِ الرُّوضِ»^(١) بَأَنْ نَقُولَ لَهُ: صَلِّ، فَإِنْ امْتَنَعَ لَمْ
يُقْتَلْ لَذَلِكَ.

وَفِي «أَصْلِ الرُّوضَةِ»^(٢) عَنْ «السَّمَةِ» وَأَقْرَهُ وَلَوْ قَالَ: «تَعَمَّدَتْ تَرْكَهَا وَلَا
أَرِيدُ أَنْ أَصْلِيَهَا» قُتِلَ قَطْعًا، وَإِنْ قَالَ: «تَعَمَّدَتْ تَرْكَهَا بِلا عَذْرِ» وَلَمْ يَقُلْ: «وَلَا
أَصْلِيَهَا» قُتِلَ أَيْضًا عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لِتَحْقُقِ جَنَائِيَّتِهِ. انْتَهَى.

وَجَزَمَ بِهِ فِي «الرُّوضِ»^(٣) وَهُوَ صَرِيحٌ فِي أَنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يُشْتَرَطُ تَقَدُّمُ
طَلَبٍ وَتَهْدِيدٍ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَ تَقَدُّمِهِمَا إِنَّمَا هُوَ لِتَحْقُقِ جَنَائِيَّتِهِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ بِدُونِهِمَا،
وَهَذَا هُوَ الْوَجْهُ، وَلِهَذَا اعْتَمَدَهُ الزَّرْكَشِيُّ حَيْثُ رَدَّ قَوْلَ مَنْ زَعَمَ أَنَّ تَقَدُّمَ الطَّلَبِ
شَرْطٌ، بِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْقَتْلِ بِلا خِلَافٍ، بَلْ مَتَى اعْتَرَفَ بِتَعَمُّدٍ^(٤) إِخْرَاجُهَا

(٢) «رُوضَةُ الطَّالِبِينَ» (١٤٨/٢).

(١) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٣٣٧/١).

(٤) فِي (ع): «مَتَعَمَّدًا».

(٣) «رُوضُ الطَّالِبِ» (٢٧٠/١).

عن وقتها استحقَّ القتل، وإنَّما ذكروا المطالبة للاطلاع على مراده بتأخيرهِ أو لتعريفهِ مشروعية القتل، فإنَّه قد لا يعرفهُ. انتهى.

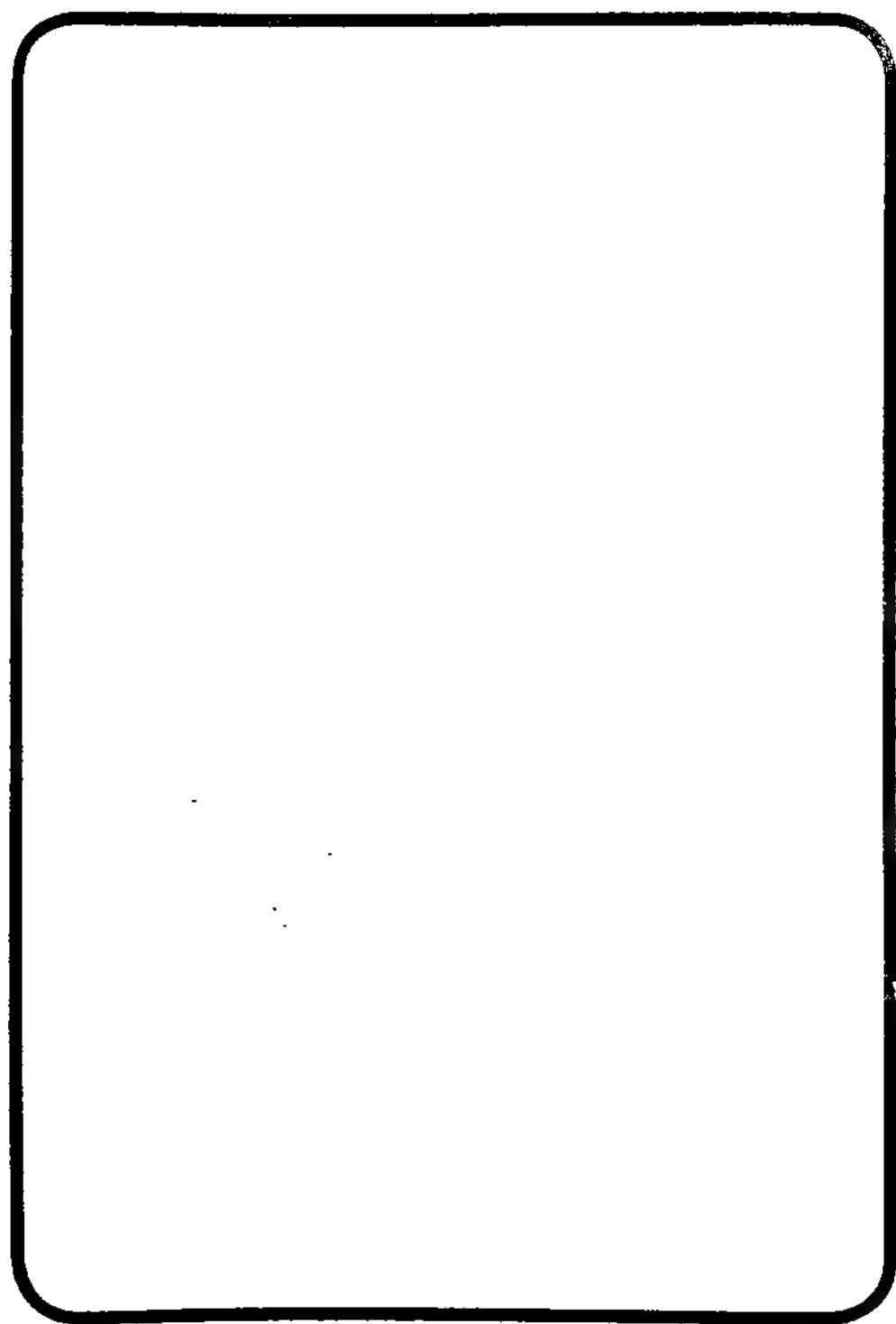
ويؤخذ من ذلك أنَّه لا يُشترط في الطلبِ والتَّهديد صدورهما من الإمامِ أو نائبهِ بل يكفي صدورهما من غيرهما، وهذا هو الوجه كما لا يخفى على المتأمل.

(وإلا) يُتَّب بالمعنى الذي تقرَّر بأنَّ أصرَّ على تركِ غيرِ الجُمُعة حتَّى خرج وقتها إن لم تُجمَع مع ما بعدها أو وقت ما بعدها إن جُمِعت معه، وعلى تركِ الجُمُعة حيث تُلزِمُه إجماعاً حتَّى خرج وقتها أو ضاق عن ركعتين وخطبتين، وإن قال: «أصلُّها ظهراً» ولم يعتذر فيهما كما تقدَّم.

(قُتِلَ) بضربِ عنقه بالسَّيف، ولو قتلَه إنسانٌ في مدَّة الاستتابة أو قبلها أثم ولا ضمانَ عليه.

وكثرَ الصَّلَاة في استحقاقِ القتل به على ما تقرَّر: تركُ كلِّ مجمعٍ عليه من الأركانِ والشُّروط، أو كان الخلافُ فيه واهياً، بخلاف ما قوِيَ الخلافُ فيه؛ كإزالة النجاسة وإن لم يُقلَّد المُخالف كما هو ظاهر.

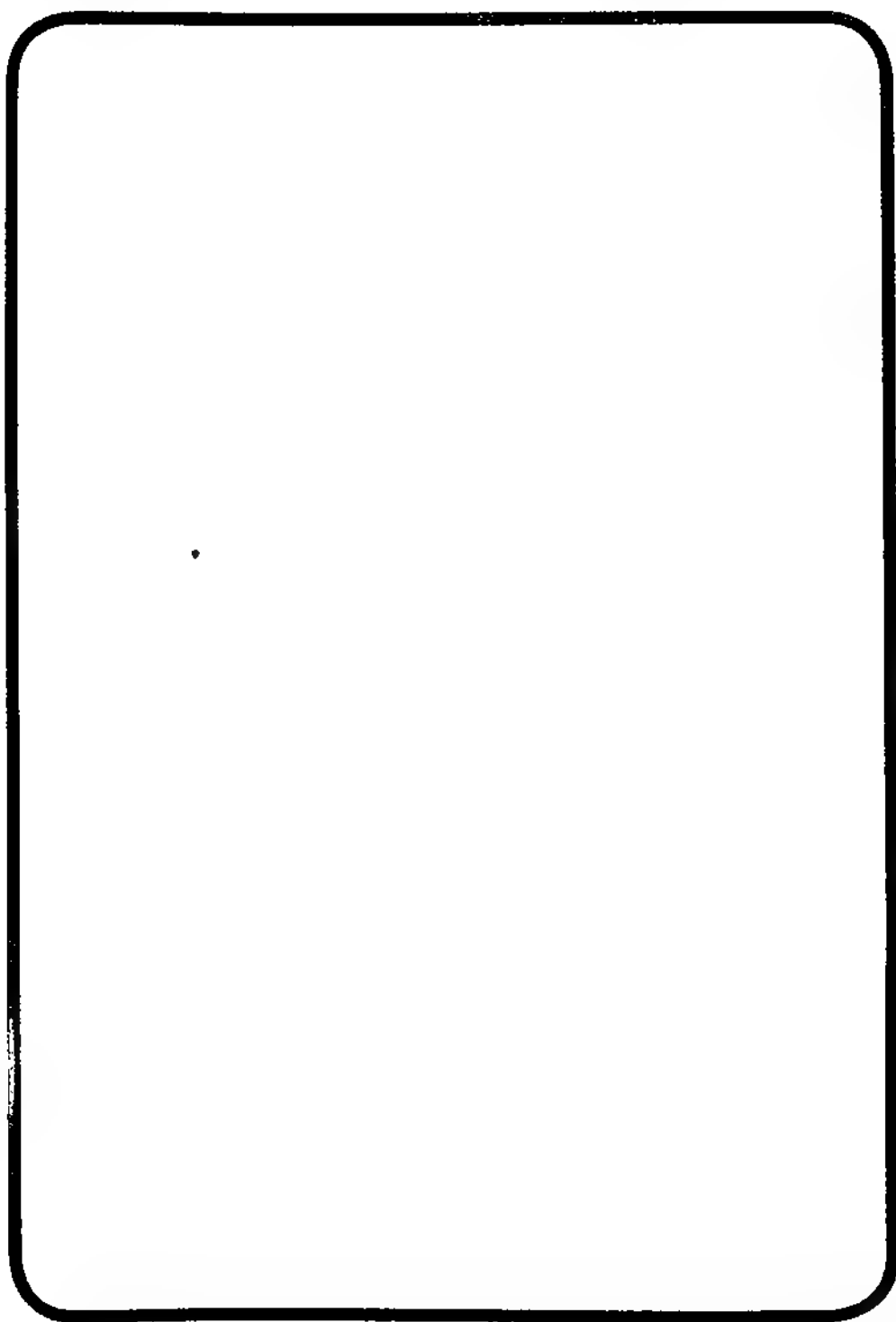
وإنَّما يُقتل (حداً) لا كفراً؛ لأنَّه مسلمٌ كما قال: (وَحُكْمُهُ) إذا قُتِلَ (حُكْمُ الْمُسْلِمِينَ) لأنَّه منهم؛ لما صحَّ أنَّ تاركها تحت المشيئة، والكافر لا يكون كذلك (في) وجوبِ (الدَّفنِ والغسلِ) والتَّكفينِ له (والصَّلَاة) عليه على ما تقرَّر في باب الجنائز، وخرج بتقييد الصَّلَاة بإحدى الخمسة المندورة المؤقَّتة فلا يقتل تاركها؛ لأنَّه الذي أوجَّبها على نفسه.





(كِتَابُ الْجِهَادِ)





(كِتَابُ الْجِهَادِ)

أي: قتال الكفار، وهو فرض كفاية حيث كان الكفار في بلادهم إذا فعله من فيه كفاية سقط الحرج عن الباقيين، وإن لم يفعله أحد أئمة كل من لا عذر له.

قال في «الروضة»^(١) كأصلها^(٢): وتحصل الكفاية بشيئين:

أحدهما: أن يشحن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بإرائهم من الكفار، وينبغي أن يحتاط بإحكام الحصون وحفر الخنادق ونحوهما، ويرتب في كل ناحية أميراً كافياً يقلده الجهاد وأمر المسلمين.

الثاني: أن يدخل الإمام داراً للكفر غازياً بنفسه أو بجيش يؤمّر عليهم من يصلح لذلك، وأقله مرة واحدة في كل سنة، فإن زاد فهو أفضل. انتهى.

وهو صريح في وجوب^(٣) الجمع بين الشيئين، وقد صرح به إمام الحرمين.

(وشرائط وجوب الجهاد) جمع شريطة (سبع خصال):

(١) (الإسلام) فلا يجب على كافر ذمّي أو غيره، وعن بعضهم أنه استثنى هذا من تكليف الكفار بفروع الشريعة.

(٢-٣) (والبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ) فلا يجب على صبي ومجنون.

(٤) (وَالْحُرِّيَّةُ) فلا يجب على من فيه رق ولو مكاتباً ومُبْعَضاً، وإن أمره^(٤) سيّده به، نعم للسيد استصحاب غير المكلف للخدمة.

(٥) (وَالذُّكُورِيَّةُ) فلا يجب على امرأة ولا خنتى.

(١) «روضة الطالبين» (١٠/٢٠٨).

(٢) «الشرح الكبير» (١١/٣٤٥).

(٣) فرقه في (ع): «ضعيف»

(٤) في (ج)، (ع): «أمن».

(٦) (وَالصَّحَّةُ) فَلَا يَجِبُ عَلَى مَرِيضٍ مَرَضًا يُشَقُّ مَعَهُ الْقِتَالُ مَشَقَّةً عَظِيمَةً.

(٧) (وَالطَّاقَةُ) أَيِ: الْقُدْرَةُ (عَلَى الْقِتَالِ) فَلَا يَجِبُ عَلَى نَحْوِ أَعْمَى وَلَا

ضَعِيفٍ بَصِيرٍ لَا يُمَكِّنُهُ مَعَهُ اتِّقَاءُ السَّلَاحِ، وَلَا ذِي عَرَجٍ يَسْنُ وَلَوْ فِي رِجْلٍ وَلَا أَشْلَ يَدٍ أَوْ فَاقِدٍ مَعْظَمَ أَصَابِعِهَا أَوْ فَاقِدٍ الْأَنَامِلِ، وَقَدْ يَدْخُلُ فِي الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِتَالِ الْقُدْرَةُ عَلَى نَحْوِ أَهْبَتِهِ؛ كَالسَّلَاحِ وَمُؤْنَةِ نَفْسِهِ أَوْ مُمُونِهِ ذَهَابًا وَإِيَابًا، وَكَذَا الْمَرْكُوبُ إِنْ كَانَ السَّفَرُ مَسَافَةً الْقَصِيرِ أَوْ عَجَزَ عَنِ الْمَشْيِ، وَيَجِبُ قَبُولُ مَا بُذِلَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ دُونَ غَيْرِهِ.

(وَمَنْ أَسِرَ مِنَ الْكُفَّارِ) الْأَصْلِيِّينَ (عَلَى ضَرَّتَيْنِ):

(١) (ضَرَبُ يَكُونُ رَقِيقًا بِنَفْسِ السَّبْيِ) أَيِ: الْأَسِيرِ، فَخُمُسُهُمْ لِأَهْلِ الْخُمُسِ وَبَاقِيَهُمْ لِلْغَنَامِيِّينَ، (وَهُمْ) أَيِ: ذَلِكَ الضَّرْبُ وَالْجَمْعُ لِمُرَاعَاةِ الْخَبَرِ وَمَعْنَى ضَرَبَ (النِّسَاءَ) وَلَوْ حَامِلَاتٍ بِمُسْلِمٍ، وَالْخَنَائِي ^(١) (وَالصَّبِيَّانِ) وَالْمَجَانِينُ حَالَ الْأَسْرِ، وَعَبِيدُهُمْ وَلَوْ مُسْلِمِينَ يَرْقُونَ بِنَفْسِ الْأَسِيرِ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يَسْتَمِرُّ عَلَيْهِمْ حُكْمُ الرِّقِّ فَيُخَمَّسُونَ أَيْضًا، وَكَذَا الْمُبْعُضُ بِالنِّسْبَةِ لِبَعْضِهِ الرَّقِيقُ.

(٢) وَأَمَّا بَعْضُهُ الْحُرُّ فَيَجْرِي فِيهِ مَا فِي قَوْلِهِ: (وَضَرَبُ لَا يَرْقِي بِنَفْسِ السَّبْيِ) أَيِ: بِنَفْسِ الْأَسِيرِ (وَهُمُ الرُّجَالُ) أَيِ: الذُّكُورُ (الْبَالِغُونَ) الْعَاقِلُونَ ^(٢) حَالَ الْأَسْرِ (فَالْإِمَامُ) وَمِثْلُهُ أَمِيرُ الْجَيْشِ (فِيهِمْ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ: (مُخَيَّرٌ ^(٣) بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ) وَهَذَا مُجَازٌ عَنْ تَجْوِيزِ الْأَرْبَعَةِ لِمَا يَأْتِي مِنْ وَجُوبِ رِعَايَةِ الْمَصْلَحَةِ، أَوْ أَرَادَ التَّخْيِيرَ إِنْ لَمْ تَتَفَاوَتْ الْمَصْلَحَةُ، وَإِلَّا وَجَبَ فَعْلُ الْأَصْلَحِ لِلْمُسْلِمِينَ بِدَلِيلِ مَا يَأْتِي.

١ - (الْقَتْلُ) بِضَرْبِ الْعُنُقِ،

(٢) فِي (ع)، (ن): «الْعُقْلَاء».

(١) فِي (ع): «وَلَوْ خَنَائِي».

(٣) فِي (ع) «يُخَيَّرُ».

٢- (وَالْإِسْتِرْقَاقُ) وَلَوْ لِبَعْضِ شَخْصٍ،

٣- (وَالْمَنْ) بِتَخْلِيَةِ سَبِيلِهِمْ مِنْ غَيْرِ مُقَابِلٍ،

٤- (وَالْفِدْيَةُ بِالْمَالِ) الَّذِي يُؤْخَذُ مِنْهُمْ بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ فَيَجِبُ تَحْمِيْسُهُ، (أَوْ بِالرَّجَالِ) أَوْ النِّسَاءِ أَوْ الْخَنَازِي الْمَأْسُورِينَ مَعَهُمْ مَنَّا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَلَوْ وَاحِدًا مَنَّا فِي مُقَابِلَةِ جَمْعٍ مِنْهُمْ، أَوْ بِأَسْلِحَتِنَا الَّتِي بَأْيْدِهِمْ، وَلَا يَجُوزُ رَدُّ أَسْلِحَتِهِمْ الَّتِي بَأْيْدِنَا إِلَيْهِمْ بِمَالٍ، وَهَلْ يَجُوزُ رَدُّهَا بِأَسْرَانَا؟ وَجِهَانِ، أَوْ جُهْمَا: الْجَوَازُ.

(يَفْعَلُ) وَجُوبًا الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ مِنَ الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ (مَا فِيهِ الْمَصْلَحَةُ لِلْمُسْلِمِينَ) فَلَا يَفْعَلُ بِالنَّشْهِيِّ، فَلَوْ خُفِّتِ الْمَصْلَحَةُ عَلَيْهِ حَالًا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْبِسَهُمْ حَتَّى تَظْهَرَ فَيَفْعَلَهَا.

وَمَنْ اسْتَقْلَلَ بِقَتْلِ أَسِيرٍ فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ حَكَمَ بِقَتْلِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ سِوَى التَّعْزِيرِ، أَوْ أَرَاقَهُ ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ وَتَكُونُ غَنِيمَةً، أَوْ مَنَّ عَلَيْهِ فَإِنْ قَتَلَهُ قَبْلَ حَصُولِهِ فِي مَأْمَنِهِ ضَمِنَ دِيْنَتَهُ لَوَرِثَتِهِ أَوْ بَعْدَهُ هَدَرَ دَمَهُ، أَوْ فَدَاهُ، فَإِنْ قَتَلَهُ قَبْلَ قَبْضِ الْإِمَامِ فِدَاءَهُ ضَمِنَ دِيْنَتَهُ لِلْغَنِيمَةِ، أَوْ بَعْدَ قَبْضِهِ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ وَصُولِهِ إِلَى مَأْمَنِهِ ضَمِنَ دِيْنَتَهُ لَوَرِثَتِهِ، أَوْ بَعْدَ وَصُولِهِ إِلَيْهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِعَوْدِهِ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَسْرِهِ، هَذَا مَا فِي «شَرْحِ الرُّوْضِ»^(١) عَنِ الْمَاوَرْدِيِّ.

وَقَدْ يُقَالُ: الْقِيَاسُ فِي صُورَةِ قَتْلِهِ قَبْلَ قَبْضِ الْفِدَاءِ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْ دِيْنَتِهِ قَدْرُ الْفِدَاءِ وَالْبَاقِي لَوَرِثَتِهِ، بَلْ قَدْ يُقَالُ: الْقِيَاسُ أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ وَرِثَتُهُ دَفْعَ الْفِدَاءِ أَوْ أَخَذَ جَمِيعَ الدِّيَّةِ فَلَهُمْ ذَلِكَ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(وَمَنْ أَسْلَمَ) مِنَ الْكُفَّارِ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى أَي: الْمُكَلَّفِينَ؛ إِذْ غَيْرُ الْمُكَلَّفِ لَا يُقْتَلُ مُطْلَقًا حَتَّى يُحْتَاجَ لِأَحْرَازِ دَمِهِ، وَلَا أَوْلَادَهُ إِنْ كَانَ صَغِيرًا (قَبْلَ الْأَسْرِ) أَي: مِنْ غَيْرِ أَسِيرٍ (أَحْرَزَ) أَي: عَصَمَ (مَالَهُ) عَنْ أَنْ يُغْنَمَ، (وَدَمَهُ) عَنْ أَنْ يُرَاقَ أَي: وَنَفْسَهُ عَنِ الْقَتْلِ، وَكَذَا عَنِ الرِّقِّ وَغَيْرِهِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُرَادَ بِعَصْمَةِ دَمِهِ عَصْمَةُ نَفْسِهِ عَنْ جَمِيعِ مَا مَرَّ.

(وَصِغَارُ أَوْلَادِهِ) الْأَحْرَارَ وَمَجَانِينَهُمْ وَإِنْ سَفُلُوا عَنِ الْأَسْتِرْقَاقِ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهُ فِي الْإِسْلَامِ، وَخَرَجَ الْأَرْقَاءُ فَأَمَرَهُمْ تَابِعٌ لِأَمْرِ سَيِّدِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَمْوَالِهِ، وَكِبَارُ أَوْلَادِهِ الْأَحْرَارُ لِاسْتِقْلَالِهِمْ، فَيَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ فِيهِمْ كَغَيْرِهِمْ، وَزَوْجَتَهُ وَلَوْ حَامِلًا مِنْهُ لِاسْتِقْلَالِهَا فَتُرَقُّ بِالْأَسْرِ وَبِنَقْطِ نِكَاحِهِ فِي الْحَالِ لَزَوَالِ مَلِكِهَا عَنْ نَفْسِهَا، فَزَوَالُ مَلِكِ الزَّوْجِ عَنْهَا أَوَّلَى، وَكَذَا حَمْلُهَا إِنْ أُسِرَتْ قَبْلَ إِسْلَامِ أَبِيهِ، فَلَا يَبْطُلُ رَقُّهُ بِإِسْلَامِ أَبِيهِ كَالْمَنْفَصِلِ، وَإِنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لَهُ.

وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ: «قَبْلَ الْأَسْرِ» مَنْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْأَسْرِ وَقَبْلَ اخْتِيَارِ الْإِمَامِ، فَإِنَّهُ يُعَصَّمُ دَمُهُ وَيَبْقَى الْخِيَارُ فِي الْبَاقِي، لَكِنْ إِنَّمَا تَجُوزُ الْمُفَادَةُ إِنْ كَانَ عَزِيزًا فِي قَوْمِهِ أَوْ لَهُ فِيهِمْ عَشِيرَةٌ^(١) وَلَا يُخْشَى عَلَى نَفْسِهِ وَدِينِهِ؛ أَي: إِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْكُفْرِ.

ثُمَّ يَنْبَغِي أَنْ يُعَصَّمَ صِغَارُ أَوْلَادِهِ وَمَجَانِينُهُمْ مُطْلَقًا وَإِنْ كَانُوا بَدَارِ الْحَرْبِ لِتَبَعِيَّتِهِمْ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ مِنْ غَيْرِ اسْتِيلَاءٍ عَلَيْهِمْ قَبْلَهُ، فَلَا يُسْتَرَقُّ حَرْبُهُمْ وَإِنْ أَرَقَّ^(٢) هُوَ لَتَقَدَّمَ أَسْرُهُ عَلَى إِسْلَامِهِ فَلَمْ تَقَارَنْ حَرِّيَّتُهُ إِسْلَامَهُ قَبْلَ أَسْرِهِ بِخِلَافِهِمْ، وَلَا يَنْتَقِلُ مَلِكُ رَقِيقِهِمْ بِسَبَبِهِ عَنْ مَالِكِهِ إِلَّا إِنْ كَانَ حَرِيًّا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ مَالٌ حَرَبِيٌّ، وَكَذَا مَالُهُ إِنْ اخْتَارَ الْإِمَامُ فِدَاءَهُ أَوْ الْمَنْ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَارَ رَقُّهُ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(١) فِي (ش) «عَشِيرَةٌ»

(٢) فِي (هـ): «اسْتَرَقَّ».

(وَيُحَكِّمُ لِلصَّبِيِّ) وَالصَّبِيَّةِ عَلَى أَنَّ لَفْظَ الصَّبِيِّ لُغَةٌ يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى كَمَا نَقَلَهُ الْإِسْنَوِيُّ عَنْ ابْنِ حَزْمٍ، وَمِثْلُهُ الْمَجْنُونُ وَالْمَجْنُونَةُ (بِالْإِسْلَامِ) أَيِ: بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا هُنَا وَفِيمَا بَعْدَهُ، وَمِنْ ثَمَّ لَوْ وَصَفَ الْكُفْرَ هُنَا أَوْ فِيمَا بَعْدَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ أَوْ الْإِفَاقَةِ صَارَ مَرْتَدًا.

(عِنْدَ وُجُودِ) وَاحِدٍ مِنْ (ثَلَاثَةِ أَشْبَابِ):

(١) (أَنْ يُسْلِمَ أَحَدُ آبَوَيْهِ) وَإِنْ عَلَا، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَارْتًا كَانَ أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ، حُرًّا كَانَ أَوْ رَقِيقًا، وَقَدْ وَقَعَ السُّؤَالُ عَنْ ذِمَّتِي غَابَ وَأَسْلَمَ فِي غِيْبَتِهِ ثُمَّ حَضَرَ بَعْدَ بُلُوغٍ وَلَدِهِ، وَوَقَعَ التَّرَاوُعُ فِي أَنَّ بُلُوغَ وَلَدِهِ قَبْلَ إِسْلَامِهِ أَوْ بَعْدَهُ، وَلَا يَبْعُدُ تَصْدِيقُ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الصَّبَا إِلَى الْإِسْلَامِ، وَأَمَّا أَصْلُ بَقَاءِ الْكُفْرِ إِلَى بُلُوغِ الْوَلَدِ فَقَدْ ضَعُفَ بِوُجُودِ الْإِسْلَامِ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(٢) (أَوْ) أَنْ (يَنْسِبَهُ مُسْلِمٌ) وَلَوْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ جَمَاعَةً فِيهِمْ مُسْلِمٌ كَذَلِكَ، (مُنْفَرِدًا عَنْ آبَوَيْهِ) أَيِ: عَنْ كُلِّ مِنْهُمَا، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَحَدُهُمَا وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ بِأَنْ كَانَ فِي جَيْشٍ وَاحِدٍ أَوْ غَنِيمَةٍ وَاحِدَةٍ وَسُيِّيًّا مَعًا أَوْ تَقَدَّمَ سُبْنِي الْأَصْلِ وَإِنْ لَمْ يَتَّحِدِ السَّابِي فَلَا يُحَكِّمُ بِإِسْلَامِهِ؛ لِأَنَّ تَبِعِيَّةَ الْأَصْلِ أَقْوَى، وَلَوْ سَبَاهُ ذِمَّتِي أَيِ: مُنْفَرِدًا عَنْ آبَوَيْهِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ لَمْ يُحَكِّمُ بِإِسْلَامِهِ، بَلْ يَكُونُ عَلَى دِينِ سَابِيهِ؛ أَيِ: فَلَوْ كَانَ سَابِيهِ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا صَارَ هُوَ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ أَبَوَاهُ يَهُودِيَيْنِ أَوْ نَسْرَانِيَيْنِ مِثْلًا.

وَمِنْ هُنَا يُتَصَوَّرُ عَدَمُ التَّوَافُقِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ وَالْأَبَوَيْنِ أَوْ نَقْصِهِمْ^(١) فِي التَّهَوُّدِ وَالتَّنَصُّرِ، وَهَذَا مِمَّا يَقَعُ فِي مَوَاضِعَ، فَلَوْ سُبِي أَبَوَاهُ بَعْدَ سُبْنِي الذَّمِّيِّ إِيَّاهُ ثُمَّ أَسْلَمَا حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ خِلَافًا لِمَا قَالَه الْحَلِيمِيُّ^(٢).

(١) فِي (ش)، (هـ): «بَعْضُهُمْ».

(٢) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٢/ ٥٠١).

وخرج بسباه ذمّي ما لو سرقه، فإن قلنا: يملكه كله فالحكم كذلك، أو هو غنيمة وهو الأصحّ حكم بإسلامه؛ لأنّ بعضه للمسلمين وفيه نظر؛ لأنّ السبي لم يقع من المسلمين، ومجرد الملك لا يفيد إلا أن ينزل وقوع بعض المسي لهم منزلة سبيهم، وهذا الكلام يتضمن الفرق بين سبي الذمّي وسرقته، وأنّ الثّاني غنيمة دون الأوّل، فلي تأمل المعنى الفارق.

وفي «الروض»^(١): وإن سبي الذمّي الصّبيّ وباعه أو باعه السّابي المسلم دون أبويه من مسلم لم يتبعه أي: المشتري لفوات الوقت أي: وقت التّبعية؛ لأنّها إنّما تثبت ابتداءً. انتهى. والثّانية زائدة على أصله.

وهذا الكلام يدلّ على أنّ السّابي يملك جميع المسي ولا يكون غنيمة، مسلماً كان السّابي أو ذمّيّاً، وفيه وقفة في المسلم، بل قد يخالف ما صرّحوا به في باب الجهاد كما تقدّم من أنّ الصّبيان ونحوهم إذا أسيروا رقوا وكانوا غنيمة، إلّا أن يخصّ ذلك بأسير الإمام، ولا يخفى بُعده، أو يُحمّل البيع هنا على بيع ما يخصّه منه.

(٣) (أو) أن (يوجد) الصّبيّ حال كونه (لقبطاً) وقوله: (بدار الإسلام) ومنها ما فتحها المسلمون وأقروها بيد الكفار على وجه الصّلح، أو أقروها بيدهم بعد ملكها بجزية بشرط وجود مسلم فيها في الصّورتين يمكن كونه منه ولو مجتزأ، وإن نقاه متعلّق بقوله يوجد، بخلاف ما لو وجد بدار كفار فيحكم بكفره.

نعم إن سكنها مسلم كأسير متشّر وتاجر حكم بإسلامه، ولا عبرة هنا بالاجتياز، وخرج بالمتشّر المحبوس في مطمورة فيتحه أنّه لا أثر له كما قاله

الإمام، وهو ظاهر إن لم يكن في المحبوسين امرأة كما قاله بعضهم، وبحث الأذرعِي أن المراد بالشكوى هنا ما يقطع حكم السفر، قال: بل ينبغي الاكتفاء بلُبثٍ يمكن فيه الوقاع، وأن هذا الولد منه.

وحيث حُكِمَ بإسلام اللَّقِيطِ فبلغَ ووصفَ كُفْرًا فهو كافرٌ أصليٌّ، نعم قال المآورِدِيُّ^(١): إنه حيث لا ذمِّي في الدَّارِ يكونُ مسلمًا ظاهرًا وباطنًا، وقضيته أنه إذا وصفَ الكُفْرَ بعدَ بلوغه كان مُرتدًّا، أو أقامَ ذمِّيَّ بینه بنسبه تبعه في الكفر، بخلاف ما لو اقتصرَ على التَّبَنِّي^(٢) فلا يتبعه فيه وإن لحقه.



(١) «العاوي الكبير» (١٤/٢٤٦).

(٢) في (ع). «الرق».

(فَصْلٌ) فِي قِسْمَةِ الْغَنِيمَةِ

وهي ما حَصَلَ مِنَ الْكُفَّارِ بِقِتَالٍ وَنَحْوِهِ.

(وَمَنْ) خَاطَرَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ غَيْرَ مَكْلَفٍ وَأَنْشَى وَرَقِيقًا لِمُسْلِمٍ، وَتَاجَرًا لَا ذَمًّا، وَلَا نَحْوَ مُخَذَّلٍ وَعَيْنٍ فِي كَفَايَةِ الْمُسْلِمِينَ شَرَّ بَعْضِ الْحَرْبِيِّينَ إِمَّا بَأَنَ (قَتَلَ قَتِيلًا) مِنْهُمْ مُقْبِلًا عَلَى الْقِتَالِ أَوْ مُدْبِرًا عَنْهُ وَالْحَرْبُ قَائِمَةٌ، وَلَوْ امْرَأَةً وَصَبِيًّا إِنْ قَاتَلَا قِتْلًا عَلَى وَجْهِ الْخَطَرِ، بِخِلَافِ قَتْلِ أَسِيرٍ وَمُخَنٍّ وَنَائِمٍ وَغَافِلٍ عَنِ الْقِتَالِ، وَالْقِتْلُ بَعْدَ الْهَزِيمَةِ، أَوْ بِنَحْوِ رَمِيٍّ مِنْ حَصْنٍ أَوْ صَفٍّ، وَإِمَّا بِنَحْوِ إِثْخَانِهِ أَوْ إِغْمَائِهِ أَوْ أَسْرِهِ، أَوْ قَطْعِ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ، أَوْ يَدًا وَرِجْلًا، لَا يَدًا أَوْ رِجْلًا.

(أَعْطِيَ) وَجُوبًا (سَلْبَةً) وَهُوَ الْمَجْنُونُ وَإِنْ أُغْرِيَ أَوْ لَسِيْدَ الرَّقِيقِ وَلَوْ أَعْجَمِيًّا أُغْرِيَ عَلَى الْأَوْجِهِ وَهُوَ ثِيَابُهُ، وَنَحْوُ خُفِّهِ وَآلَةِ الْحَرْبِ كَدْرَعٍ وَسِلَاحٍ وَمَرْكُوبٍ يِقَاتِلُ عَلَيْهِ أَوْ يِقَاتِلُ رَاجِلًا مُمْسِكًا عُنَانَهُ وَآلَتَهُ؛ كَسِرْجٍ وَلِجَامٍ وَمِقْوَدٍ وَسَوَارٍ وَطَوِيٍّ وَمِنْطَقَةٍ وَهَيْئَانٍ بِمَا فِيهِ، وَخَاتَمٍ وَنَفَقَةٍ مَعَهُ وَجَنْبِيَّةٍ وَاحِدَةٍ وَسِلَاحٍ عَلَيْهَا عَلَى الْأَوْجِهِ مِنْ تَرْدُدٍ لِلْإِمَامِ، لَا حَقِيقَةٍ مُشْدُودَةٍ عَلَى مَرْكُوبِهِ، وَلَا مَا فِيهَا مِنْ نَقِيدٍ وَمَتَاعٍ وَلَا وَلَدٍ مَرْكُوبِهِ التَّابِعِ لَهُ.

(وَتُقَسَّمُ الْغَنِيمَةُ) أَي: مَا بَقِيَ مِنْهَا (بَعْدَ ذَلِكَ) أَي: بَعْدَ إِعْطَاءِ السَّلْبِ وَكَذَا بَعْدَ إِخْرَاجِ الْمُؤْنِ اللَّازِمَةِ؛ كَمُؤْنَةِ الْحَفِظِ وَالتَّنْقِلِ وَغَيْرِهِمَا إِنْ لَمْ يَوْجَدْ مُتَطَوِّعٌ، وَلَا يُزَادُ عَلَى أَجْرَةِ الْمُثَلِّ خَمْسَةُ أَقْسَامٍ مُتَسَاوِيَةٍ.

(فَيُعْطَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِمَنْ شَهِدَ الْوُقْعَةَ) قَبْلَ الْفَتْحِ بَنِيَّةُ الْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يِقَاتِلْ، أَوْ قَاتَلَ وَإِنْ حَضَرَ بَنِيَّةً غَيْرَ الْقِتَالِ وَإِنْ جُرِحَ أَوْ مَرِضَ فِي أَثْنَاءِ الْقِتَالِ، وَإِنْ أَرَمَتْهُ الْجُرْحُ أَوْ الْمَرَضُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ مَاتَ فِي الْأَثْنَاءِ فَيُطْلَقُ حَقُّهُ إِلَّا إِنْ

مات بعد حيازة المال، فالقياس أنه يستحق نصيبه منه كما قاله الأذرعِيُّ^(١).

(لِلْفَارِسِ) أي: من كان معه فرس صالح للقتال وإن غصبه إذا لم يحضر مالكه ولا فلما ملكه، أو ضاع وقاتل عليه غيره أو مات أو خرج عن ملكه في الأثناء (ثلاثة أنسهم) واحد له واثنان لفرسه (وَلِلرَّاجِلِ) أي: الماشي ومثله راكب غير الفرس كالبعير والبغل (سهم واحد).

(وَلَا يُسْهَمُ) مع شهود الواقعة على الوجه المذكور (إِلَّا لِمَنْ اسْتَكْمَلَ^(٢) فِيهِ خَمْسَ شَرَائِطَ) جمع شريطة، ولو شيخاً هماً^(٣)، لا نحو أعمى وزمن ومقطوع الأطراف، فليس لهم إلا الرضخ: (الإسلام، والبُلُوغُ، والعقل، والحرية) الكاملة، (وَالذُّكُورَةُ) الْمُحَقَّقَةُ أَوِ الْمُبَيَّنَةُ^(٤)، بخلاف من شهدا لا على الوجه المذكور؛ كتاجر لم يقاتل ولا حضر بنية القتال، فلا يسهم له وإن استكمل فيه ما ذكر بل يُرَضَّخُ له.

(فَإِنْ اخْتَلَّ شَرْطٌ مِنْ ذَلِكَ) المذكور وهو الخمس بأن كان كافراً إن^(٥) حضر بإذن الإمام ولا عزر ولا رضخ له ولم يستأجر، وإلا فليس له إلا الأجرة، أو صبيّاً أو مجنوناً أو كامل الرق أو مبعوضاً في الأرجح وإن كان مهابة أو أنثى أو خنثى لم تبين ذكوره.

(رَضَّخَ لَهُ) أي: لمن شهد الواقعة من المذكورين إن كان فيه نفع وإن حضر بغير إذن مالك أمره ولم يقاتل، ولا حضر بنية القتال أي: أُعْطِيَ الرَضَّخَ وهو دون سهم يجتهد الإمام في قدره ويفاوت فيه بحسب تفاوت النفع، لكن لا يبلغ به سهم راجل.

(٢) في (هـ): «استكملت».

(١) «فوت المحتاج» (٩٧/٥).

(٤) في (ع): «المبينة». وفي (ن): «المنية».

(٣) في (ج): «هرماً».

(٥) في (ع): «أو».

قال في «الروضة»^(١): ولو لفارس.

وقصية قول «أصله»^(٢): «وإن كان فارساً فوجهان بناءً على أنه هل يجوز أن يبلغ تعزير الحرّ حدّ العبد» أنه يبلغ به سهم راجل، لكنّه عقبه بقوله: «وبالمنع قطع الماوردي»، وقال الأذريعي^(٣): ظاهر كلام الجمهور المنع، وهو الأصح. انتهى.

ولا يخفى أن هذا الخلاف في الفارس باعتبار ما يستحقّه له ولفرسه، فيكون الأصح وجوب نقص مجموع ما له ولفرسه عن سهم راجل لا فيما له مع قطع النظر عن فريسه، وإلا فلا معنى للمبالغة في عبارة «الروضة»^(٤)، ولا لتخصيص أصله حينئذٍ الخلاف بالفارس، فتأمل لتعلم أنه يدفع ما وقع لبعضهم هنا، وما في «الكفاية» من أنه يُعتبَر في استحقاق المسلم الرضخ ألا يكون له سلب قد توزع فيه، وإن تبعه غيره فيه، ومعلوم أن رضخ الرقيق لسيده ورضخ المبعّض بينه وبين سيده، إلا أن يكون بينهما مهايأة ويحضر في نوبة نفسه فهو له، وقياس ذلك أنه لو حضر في نوبة سيده كان لسيده. ولا يُعطى مُخذّل ولا مرجف مُطلقاً.

(وَيُقَسَّمُ الْخُمْسُ) الخامس (عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ) متساوية:

(١) (سَهْمٌ) منها كان (لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ) كان ينفق منه على مصالحه وما فضل منه يصرفه في السلاح وسائر المصالح، و(يُصْرَفُ بَعْدَهُ لِلْمَصَالِحِ) العامة؛ كسد الثغور وعمارّة الحصون والقناطر والمساجد وأزراق القضاة والأئمة، يُقدّم من ذلك وجوباً الأهم فالأهم. قال في «التنبيه»^(٥): وأهمها سد الثغور.

(١) «روض الطالب» (٢/١٢٦).

(٢) «روضة الطالبين» (٦/٣٧٠).

(٣) «فوت المحتاج» (٥/١٠٦ - ١٠٨).

(٤) «روض الطالب» (٢/١٢٦).

(٥) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ٢٣٥).

(٢) (وَسَهْمٌ لِدَوِي الْقُرْبَى) لَهُ ﷺ (وَهُمْ بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ) الْمُؤْمِنُونَ دُونَ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَبَنِي نُوْفَلٍ، سَوَاءُ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ عِنْدَ سَعَةِ الْمَالِ، وَالْأَقْدَمُ الْأَحْوَجُ فَالْأَحْوَجُ كَمَا قَالَ الْإِمَامُ^(١)، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى، لَكِنْ يُفْضَلُ الذَّكَرُ فَلَهُ مِثْلُ حِظِّ الْأُنْثَيْنِ، وَبَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ أَنَّ الْخُشْيَ كَالْأُنْثَى، وَأَنَّهُ لَا يُوقَفُ لَهُ شَيْءٌ، وَالْمَتَّحَةُ وَقَفُ بَقِيَّةٍ نَصِيبِ ذَكَرٍ.

(٣) (وَسَهْمٌ لِلْيَتَامَى) الْمُسْلِمِينَ الْفُقَرَاءُ أَوْ الْمَسَاكِينِ، وَالْيَتِيمُ صَغِيرٌ لَا أَبَ لَهُ وَإِنْ كَانَ لَهُ جَدٌّ، وَمِنْهُ وَلَدُ الزَّوْنِ وَالْمَنْفِيُّ، وَفِي اللَّقِيطِ تَرْدُدٌ.

وَيُشْتَرَطُ ثُبُوتُ الْيَتَمِ وَالْفَقْرِ وَالْإِسْلَامِ بِالْبَيِّنَةِ، وَكَذَا الْإِنْتِسَابُ لِبَنِي هَاشِمٍ أَوْ الْمُطَّلِبِ عَلَى الْأَوْجَهِ، بِخِلَافِ مَدْعَى الْمَسْكَنَةِ أَوْ السَّفَرِ، فَيُصَدَّقُ بِلَا يَمِينٍ وَإِنْ أَتَاهُمْ، نَعَمْ إِنْ ادَّعَى تَلَفَ مَالٍ عُرِفَ أَوْ عِيَالًا فَالْقِيَاسُ تَكْلِيفُهُ الْبَيِّنَةَ.

(٤) (وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ) الْمُسْلِمِينَ الشَّامِلِينَ لِلْفُقَرَاءِ.

(٥) (وَسَهْمٌ لِابْنِ السَّبِيلِ) الْمُسْلِمِ الْفَقِيرِ، وَالْمُرَادُ بِهِ الْجِنْسُ، وَتَقَدَّمَ بَيَانُهُمَا فَيَمَنْ يُدْفَعُ لَهُ الزَّكَاةُ، وَيَجِبُ أَنْ يُعَمَّ بِالْإِعْطَاءِ أَحَادَ كُلِّ صَنْفٍ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الْأَرْبَعَةِ وَلَا يُخَصَّ^(٢) بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مِنْ فِيهَا مِنْهُمْ، لَكِنْ يَجُوزُ التَّفَاوُتُ بَيْنَ أَحَادٍ غَيْرِ ذَوِي الْقُرْبَى بِقَدْرِ الْحَاجَةِ وَلَوْ قَلَّ الْحَاصِلُ بِحَيْثُ لَوْ زُرَّعَ لَمْ يَسُدَّ مَسَدًا قَدَّمَ الْأَحْوَجُ فَالْأَحْوَجُ، وَلَا يَسْتَوْعِبُ لِلضَّرُورَةِ وَلَمْ يَوْجَدْ فِي بَعْضِ الْأَقَالِيمِ شَيْءٌ أَوْ لَمْ يَفِ مَا فِيهِ بَمَنْ فِيهِ نَقْلٌ إِلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْمُنْقُولِ إِلَيْهِمْ وَغَيْرِهِمْ.



(١) ينظر: «الشرح الكبير» (٧/ ٣٣١).

(٢) في (ع): «يختص»

(فَصْلٌ) فِي قِسْمَةِ الْفَيْءِ

وهو ما حصل من الكفار بلا قتال ونحوه؛ كجزية، وعشر تجارة، وما جَلَوْا عنه خوفاً، ومالٍ مُرتدٍّ قُتِلَ أو مات.

(وَيُقْسَمُ مَالُ الْفَيْءِ عَلَى خَمْسٍ) من الأقسام (يُصْرَفُ خُمُسُهُ) بعد جعله أيضاً خمسة أقسام (عَلَى مَنْ يُصْرَفُ عَلَيْهِمْ سَهْمٌ^(١) الْغَنِيمَةُ) وهو خُمُسُهَا السَّابِقُ (وَتُعْطَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ) الباقية وكانت هي وخمس الخُمسِ للنبي ﷺ في حياته، فجعله ما كان له من الفَيْءِ أحدٌ وعشرون سهماً (لِلْمُقَاتِلَةِ، وَفِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ) وهم الأجنادُ المرصدون للجهاد بتعيين الإمام؛ لأنَّ في الجهادِ مصالحَ المسلمين فيُعْطَى كُلُّ واحدٍ منهم وإن كان غنياً قَدَرَ حاجته وحاجة ممونه من نحو فروج وأصول وزوجاتٍ وعبيد خدمة اعتادها إن لم يكتفِ بواحدٍ وعبيد لحاجة الجهاد لا عبيد زينة وتجارة، نفقة وكسوة وغيرهما، ويُراعى حاله في مروءته وضدّها، والزَّمانُ والمكانُ وعادة البلد في المطعم وما يعرض من غلاءٍ ورخصٍ.

ويعطى الفارسُ فرساً احتاجه ومؤنته لا دوابَّ زينة ولا مؤنتها، فإن زاد المال على حاجتهم قُسِّمَتِ الزَّيَادَةُ عليهم على قَدَرِ حاجتهم، وله صرفُ بعضها إلى نحو الخيل والسَّلاحِ والحُصُونِ وبناءِ رباطاتٍ ومساجِدٍ اقتضاها رأيُه، ولعلَّ هذا محملاً قولَ الْمُصَنِّفِ: «وفي مصالح المسلمين».

قال في «الرَّوْضَةِ»^(٢): ولا خلاف في جوازِ صرفِها إلى المرتزقة عن كفاية السَّنة القابلة. انتهى.

وخرج بالمرصدين للجهاد: الْمُتَطَوِّعَةُ بِالْغَزْوِ إذا نَشَطُوا فَيُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ دونَ الْفَيْءِ.

(فَصْلُ) فِي الْجَزْيَةِ

وهي تُطَلَّقُ عَلَى الْعَقْدِ الْمُرَكَّبِ مِنَ الْإِجَابِ.

وَيُشْتَرَطُ صَدُورُهُ مِنَ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ الْعَامِ أَوْ فِيهِ، كـ «أَذِنْتُ فِي إِقَامَتِكُمْ بَدَارِنَا عَلَى أَنْ تَبْذُلُوا جَزْيَةً» وَيَبَيِّنُهَا، وَتَنْقَادُوا لِلْحَكْمِ الْإِسْلَامِيِّ، وَالْقَبُولُ الْمُتَّصِلُ بِهِ؛ كَالْبَيْعِ مِنْ كُلِّ مَنْهُمْ، أَيْ: أَوْ مِنْ وَكِيْلِهِمْ؛ كـ «قَبِلْتُ» وَ«رَضِيتُ»، وَعَلَى الْمَالِ الْمُلْتَزَمِ بِهِ، وَهُوَ الْمُرَادُ فِي قَوْلِهِ: (وَشَرَائِطُ وَجُوبِ الْجَزْيَةِ) جَمْعُ شَرِيطَةٍ (خَمْسُ خِصَالٍ):

(١-٢) (الْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ) فَلَا جَزْيَةَ عَلَى صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ أَطَبَقَ جَنُونُهُ، فَإِنْ تَقَطَّعَ فَإِنْ كَانَ قَلِيلًا كَسَاعَةٍ مِنْ شَهْرٍ وَيَوْمٍ مِنْ سَنَةٍ لَزِمَتْهُ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا كَيَوْمٍ وَيَوْمٍ لَفَقَّتْ الْإِفَاقَةُ إِنْ أَمَكَنَ، فَإِذَا بَلَغَتْ سَنَةً لَزِمَتْ الْجَزْيَةَ، فَإِنْ لَمْ يَمَكِنْ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجْرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُ الْجَنُونِ، وَلَوْ قَلَّ زَمَنُ الْإِفَاقَةِ جَدًّا فَلَا أَثَرَ لَهَا كَمَا بُحِثَ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلَوْ طَرَأَ الْجَنُونُ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ لَزِمَهُ الْقَسْطُ كَمَوْتِهِ حِينَئِذٍ.

(٣) (وَالْحُرِّيَّةُ) فَلَا جَزْيَةَ عَلَى مَنْ فِيهِ رَقٌّ وَلَوْ مُكَاتَبًا وَمُبْعَصًّا، وَلَا عَلَى سَيِّدِهِ بِسَبَبِهِ، فَإِنْ عَتَقَ أَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ احْتِجَاجَ لِعَقْدِهِ، فَإِنْ أَبَى بَلَغَ الْمَأْمَنَ.

(٤) (وَالذُّكُورَةُ) فَلَا جَزْيَةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلَا خُشْيٍ، فَإِنْ بَانَ ذَكَرًا لَزِمَتْهُ، وَهَلْ يُؤْخَذُ مِنْهُ جَزْيَةُ السَّنِينَ الْمَاضِيَةِ؟ وَجِهَانِ.

قَالَ فِي «الرَّوْضَةِ»^(١): يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَصَحُّ الْأَخَذَ. انْتَهَى.

وصور غير واحد المسألة بما إذا عُقِدَتْ له حال خنوثته، ويوجّه بأن الجزية لا تجب بغير عقد، ولهذا صرّحوا بأنه لو أقام حربتي بدارنا سنة فأكثر بغير عقد لم يلزمه شيء لما مضى.

قال في «أصل الروضة»^(١): «لأن عماد الجزية القبول، وهذا حربتي لم يلتزم شيئاً. وبأنه لو عقدها أحد الرعية لم يقبل المعقود له بل نلحقه بمأمنه، فإن أقام سنة فأكثر لم يلزمه شيء على الأصح، بخلاف من أقام بعقد فاسد من الإمام يسقط المسمى ويلزمه دينار لكل سنة، ولا يصح الفرق بأن الخنثى ملتزم؛ لأنه من أين جاءه الالتزام الذي هو فرع الذمة ولم يوجّد، وتخصيصه بمن دخل في عقد الذمة تبعاً لأضليه ثم بلغ وأقام سنة فأكثر من غير عقد غير مفيد؛ لأن لزوم المال هنا بمجرد ذلك يحتاج لسند قوي من كلامهم، وكذا بمن شرط دخوله معه في عقد الذمة نحو قريبه؛ لأن هذا بتسليم لزوم المال له بمجرد ذلك من غير اشتراطه عليه معقود له، والكلام في غير المعقود له.

لا يقال: لا يصح التصوير المذكور لأنها إذا عُقِدَتْ له حال خنوثته يتبين ذكوره يتبين صحة العقد ولم يقع خلاف في اللزوم؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر مع وقوع الخلاف هنا في اللزوم؛ لأننا نقول: إنما يصح ذلك لو لم يكن اعتبار نفس الأمر في العقود مختلفاً فيه وليس كذلك كما يعلم من «الروضة»^(٢) وغيرها في شروط البيع، ولهذا حكوا قولين بالصحة والبطالان فيما لو باع مال مورثه أو زوج أمته ظاناً حياته فإن ميتاً، ولو سلم فيجوز أن يختلف هنا مع الاتفاق على اعتبار نفس الأمر في العقود لمدرئ يخص ذلك، فليتامل.

(١) «الشرح الكبير» (١١/٤٧٥)

(٢) «روضة الطالبين» (١٠/٣٠٢).

(٥) (وَأَنْ يَكُونَ) مَنْ يَرَادُ عَقْدُ الْجَزِيَةِ لَهُ (مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ) وَلَوْ بِاعْتِبَارِ أَحَدِ أَبْنِيهِ وَلَوْ الْأُمُّ بَأَن تَكُونَ كِتَابِيَّةً وَالْأَبُ وَثْنِيًّا مَثَلًا، سِوَاءِ اخْتَارَ دِينَ الْكِتَابِيِّ مِنْهُمَا أَوْ لَمْ يَخْتَرْ شَيْئًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَارَ دِينَ الْوَثْنِيِّ، وَظَاهِرٌ أَنَّ الْكَلَامَ فِي الْبَالِغِ؛ إِذِ الصَّبِيُّ لَا جَزِيَةَ عَلَيْهِ وَلَا اخْتِيَارَ لَهُ.

وَيَتَّبِعُ أَشْرَفَ أَبْنِيهِ دِينًا وَهُمْ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى حَيْثُ لَمْ يُعْلَمْ أَنَّ تَهَوُّدَهُمْ أَوْ تَنْصُرَهُمْ أَوْ تَهَوُّدَ أَصْلِهِمْ أَوْ تَنْصُرَهُ بَعْدَ النَّسْخِ بَأَن عُلِمَ أَنَّهُ قَبْلَهُ أَوْ مَعَهُ، أَوْ شَكَّ فِيهِ وَلَوْ بَعْدَ التَّبْدِيلِ وَإِنْ لَمْ يَجْتَنِبُوا الْمَبْدَلِ، وَالصَّابِثَةُ وَالسَّامِرَةُ إِنْ لَمْ تَكْفُرْهُمْ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى وَلَمْ يَخَالِفُوهُمْ فِي أَصُولِ دِينِهِمْ، وَمَنْ زَعَمَ التَّمَسُّكَ بِصَحْفِ إِبْرَاهِيمَ وَصَحْفِ شَيْثٍ^(١) وَزُبُورِ دَاوُدَ صَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا وَعَلَيْهِمْ وَسَلَّمْ وَلَوْ بِلَا بَيِّنَةٍ، فَلَا تُعْقَدُ لِمَنْ تَهَوَّدَ أَوْ أَضْلَهُ بَعْدَ بَعْثَةِ عِيسَى صَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا وَعَلَيْهِمْ وَسَلَّمْ، وَلَا مَنْ تَهَوَّدَ أَوْ تَنْصُرَ أَوْ أَضْلَهُ بَعْدَ بَعْثَةِ نَبِيِّنَا ﷺ.

(أَوْ) يَكُونُ (مِمَّنْ لَهُ شُبْهَةٌ كِتَابٍ) وَهُمْ الْمَجُوسُ، وَفِي «أَضْلُ الرُّوضِ»^(٢): وَهَلْ كَانَ لَهُمْ أَيْ: لِلْمَجُوسِ كِتَابٌ أَوْ شُبْهَةٌ كِتَابٍ؟ قَوْلَانِ سَبَقَا فِي النَّكَاحِ أَظْهَرُهُمَا الْأَوَّلُ، وَقَطَعَ بِهِ بَعْضُهُمْ. انْتَهَى.

وخرَجَ بِمَا ذَكَرَهُ: مَنْ لَا كِتَابَ لَهُ، وَلَا شُبْهَةَ كِتَابٍ؛ كَعَبْدَةِ الْأَوْثَانِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالشَّمْسِ، فَلَا تُعْقَدُ لَهُمْ، وَشِمْلُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَنْ بَلَغَ سَفِيهًا، فَلَوْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ هُوَ أَوْ وَلِيُّهُ صَحَّ، وَالشَّيْخُ الْهِمُّ وَالزَّمِنُ وَالْأَجِيرُ وَالرَّاهِبُ وَالْأَعْمَى وَالْفَقِيرُ الَّذِي لَا كَسْبَ لَهُ، فَإِذَا تَمَّتْ سَنَةٌ وَهُوَ مَعْسَرٌ فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يُوَسَّرَ، وَإِذَا وُجِدَ عَقْدُ الدِّمَّةِ لِأَحَدٍ تَنَاوَلَ أَمْوَالَهُ وَعَبِيدَهُ وَزُوجَاتِهِ وَصَغَارَ أَوْلَادِهِ وَمِجَانِينَهُمْ

(١) فِي (ش): «مُوسَى».

(٢) «رُوضَةُ الطَّالِبِينَ» (١٠/٣٠٤).

وإن لم يُشترط دخولهم، وكذا مَنْ له به علقَةٌ نحو قرابة أو مصاهرة من النساء والصبيان والمجانين والأرقاء إن شُرطَ دخولهم.

ويجوزُ عقدُ الذَّمةِ للمرأةِ والمُختنى بلا مالٍ، ويُشترطُ عليهما التزامُ الأحكامِ ويعلمُهما أنَّه لا مالَ عليهما، فإن رغبَا في بذله فهو هبةٌ لا تلزمُ إلا بالقبضِ.

(وَأَقْلُ الْحِزْيَةِ دِينَارٌ) خالصٌ مضروبٌ عن كلِّ واحدٍ غنيٍّ أو فقيرٍ (فِي كُلِّ حَوْلِ) فلا يجوزُ العقدُ بغيره ولا بأقلَّ منه عندَ قَوَّنَا، أمَّا عندَ ضَعْفِنَا فيجوزُ عقْدُها بأقلَّ بالمصلحة، وإذا عقدَ بدينارٍ فله أن يعتاضَ عنه ما قيمته دينارٌ.

(وَيُؤْخَذُ مَنْ) الرَّشِيدُ (الْمُتَوَسِّطُ) بَيْنَ الْفَقِيرِ وَالْمُوسِرِ (دِينَارَانِ، وَمَنْ) الرَّشِيدُ (الْمُوسِرُ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ) بَأَنْ يُمَاكِسَهُمَا (اسْتِحْبَابًا) حَتَّى يَأْخُذَ مِنْهُمَا ذَلِكَ، أمَّا السَّفِيهُ فلا يجوزُ عقْدُه ولا عقدُ وليِّه له بأكثرَ من دينارٍ، فلو عقدَ الرَّشِيدُ بِأَكْثَرِ ثَمَّ سِفَهٌ فَهَلْ تَلَزَمُهُ الزِّيَادَةُ؟ وَجِهَانِ أَوْجُهُمَا اللَّزُومُ.

واعلمُ أنَّ المُمَاكِسَةَ وهي المشاحَّةُ تكونُ عندَ العقدِ وعندَ الأخذِ، فالأوَّلَى أن يَمَاكِسَهُ حَتَّى يَعْقِدَ عَلَيْهِ بِأَكْثَرِ مِنْ دِينَارٍ، فإن أَجَابَهُ لِلأَكْثَرِ وَجَبَ الْعَقْدُ بِهِ، كما لو أَجَابَ إِلَيْهِ بِدُونِ مَمَاكِسَةٍ، أَوْ عَلِمَ أَنَّه يَجِيبُ إِلَيْهِ وَإِنْ أَبَى إِلَّا الْعَقْدَ بِدِينَارٍ وَجِبَتْ مُوَافَقَتُهُ.

وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَعَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن يَعْقِدَ لَهُ بِدَيْنَارَيْنِ ثَمَّ عندَ الاستيفاءِ يَمَاكِسُهُ حَتَّى يَأْخُذَ مِنْهُ أَكْثَرَ، فهذا لا يجوزُ وإن كان المعقودُ له موسرًا أو صارَ موسرًا بل يَجِبُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى أَخْذِ مَا عَقِدَ بِهِ.

وثانيهما: أن يَعْقِدَ عَلَى الْأَوْصَافِ؛ كـ «عَقَدْتُ لَكُمْ عَلَى أَنْ عَلَى الْغَنِيِّ

أربعةً دنانيرَ وعلى المتوسطِ دينارينِ وعلى الفقيرِ دينارًا مثلًا في الجميع»، ثمَّ في آخرِ الحولِ يماكسُ مَنْ يستوفي منه إذا ادَّعى أَنَّهُ فقيرٌ أو متوسطٌ، فيقولُ له: بل أنتَ غنيٌّ فعليك أربعةٌ مثلًا، أو مَنْ ادَّعى أَنَّهُ فقيرٌ، فيقولُ: بل أنتَ متوسطٌ فعليك دينارانِ مثلًا، فإنَّ عادَ واتَّفَقَ على الغنى أو التَّوسُّطِ أَخَذَ منه الأربعةَ أو الدَّينارينِ مثلًا، وإنَّ أبى إلَّا ما ادَّعاه أَخَذَ منه مُوجِبَه ما لم يثبتْ خلافُه بطريقه الشرعيِّ.

ثمَّ إنَّ أطلقَ هذه الأمورَ أعني الغنى والتَّوسُّطَ والفقْرَ اعتُبرتْ وقتَ الأخذِ، وإنَّ قُبِدَ بوقتِ اتِّبع، والقولُ قولٌ مدَّعي الفقيرِ أو التَّوسُّطِ بيمينه، إلَّا أنْ تقومَ بينةٌ بخلافه أو يُعهدَ له مالٌ، وهذا الوجهُ جائزٌ، فَمَنْ ذَكَرَ المُماكسةَ عندَ الأخذِ كما هو ظاهرُ كلامِ المُصنِّفِ بحملٍ ما ذَكَرَه على هذا الوجهِ دونَ الوجهِ الأوَّلِ، وإلَّا فهو ضعيفٌ.

(وَيَجُوزُ) للإمامِ أو نائبه بل يُستحبُّ، وقيل: يجبُ إذا أمكَّنه أنْ يشرطَ الضَّيافةَ عليهم إذا عَقِدَتْ لهم الجزيةُ ببلادهم وكذا ببلادنا كما يشمله كلامُ المُصنِّفِ واعتمده الأذرعِيُّ وإنْ نقلَ الزُّركَشِيُّ خلافَه (أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِمُ) أي: على الأغنياءِ والمتوسِّطينَ منهم دونَ الفقراءِ (الضَّيافةُ) لَمَنْ يُمْرُ بِهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ (فَضْلًا) أي: زيادةً (عَلَى مِقْدَارِ) أَقْلٍ (الجزيةُ) فلا يجوزُ جعلُها منه على الأصحِّ، ويبيِّنُ في العقدِ قَدْرَ أَيَّامِ الضَّيافةِ في العامِ كمثَّةٍ يومٍ فيه ومُدَّةُ الإقامةِ من يومٍ أو ثلاثٍ، ويُسنُّ ألاَّ يزيدَ عليها.

وعدَدَ الضَّيْفانِ رَجَالَةً وِفْرَسَانًا كعشرين في العامِ مِنَ الرِّجَالَةِ كذا وَمِنَ الْفِرْسَانِ كذا على الواحدِ أو أَلْفٍ كَذَلِكَ على الجميعِ يتوزَّعونَها بقَدْرِ الجزيةِ، أو يتحمَّلُ بعضهم عن بعضٍ ويبيِّنُ جنسَ الطَّعامِ والأدمِ وقَدْرَهما لكلِّ واحدٍ.

وَيُبَيِّنُ عِلْفَ الدَّوَابِّ لَا جَنْسَهُ، وَيَحْمِلُ عَلَى نَحْوِ تَبْنٍ وَحَشِيشٍ، وَلَا قُدْرَهُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ شَعِيرًا أَيْ: أَوْ نَحْوِ فَوَلٍ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَلَا يَجِبُ عِنْدَ عَدَمِ تَعْيِينِ دَوَابِّ كُلِّ عِلْفٍ أَكْثَرُ مِنْ دَابَّةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ.

وَيُبَيِّنُ مَنَازِلَ الصَّيْفَانِ الدَّافِعَةِ لِلْحَرِّ وَالْبَرْدِ مِنْ نَحْوِ فَضُولٍ مَنَازِلَهُمْ أَوْ بِيوتٍ مَنْ لَا ضِبَافَةَ عَلَيْهِ أَوْ الْكُنَاسِ، وَفِي «الدَّخَائِرِ» عَنِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ عَلَيْهِمْ تَرْوِيدُ الصَّيْفِ كَفَايَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَلِلصَّيْفِ حَمْلُ الطَّعَامِ مِنْ غَيْرِ أَكْلِ لَا الْمُطَابَةُ بَعَوَضِهِ.

(وَيَتَضَمَّنُ عَقْدُ الذَّمِّ) الْحَاصِلُ بِعَقْدِ الْجَزِيَةِ وَالذَّمِّ الْعَهْدُ الْمُتَضَمِّنُ لِلْأَحْكَامِ الَّتِي بَعْضُهَا أَيْ: يَقْتَضِي شَرْعًا (أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ) أَيْ: وَجُوبُهَا، وَهَذَا لَا يَنَافِي أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ زِيَادَةً عَلَى الْأَرْبَعَةِ أَيْضًا:

(١) (أَنْ يُؤَدُّوا الْجَزِيَةَ) أَيْ: الْمَالُ الْمَضْرُوبَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَا زَمَ لَهُمْ، فَإِنْ امْتَنَعُوا مِنْ أَدَائِهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى وَجْهِ التَّغْلِبِ وَالْمُقَاتَلَةِ انْتَقَضَ عَهْدُهُمْ أَوْ مَعَ الْعَجْزِ فَيُمْهَلُونَ وَلَا يُنْتَقَضُ عَهْدُهُمْ أَوْ مَعَ الْقُدْرَةِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، فَتُؤَخَّذُ مِنْهُمْ قَهْرًا وَلَا انْتِقَاصَ.

(٢) (وَأَنْ تَجْرِيَ عَلَيْهِمْ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ^(١)) كِضْمَانِ النَّفْسِ وَالْمَالِ وَالْعَرْصِ، فَيَلْزَمُهُمُ الْإِنْقِيَادُ لَهَا.

قَالَ فِي «أَصْلِ الرُّوضَةِ»^(٢): هَكَذَا أَطْلَقَهُ الْأَصْحَابُ، وَحَكَى الْإِمَامُ عَنِ الْعِرَاقِيِّينَ أَنَّ الْمُرَادَ أَنَّهُمْ إِذَا فَعَلُوا مَا يَعْتَقِدُونَ تَحْرِيمَهُ يَجْزِي عَلَيْهِمْ حُكْمُ اللَّهِ تَعَالَى فِيهِ وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُمْ، وَذَلِكَ كَالزَّنَا وَالسَّرْقَةِ فَإِنَّهُمَا مُحَرَّمَانِ عِنْدَهُمْ كَشَرِّعِنَا، وَأَمَّا مَا

(١) فِي (ج)، (ك): «الْمُسْلِمِينَ».

(٢) «الشرح الكبير» (١١/١٣٩)، و«روضه الطالبين» (١٠/٣٢٧).

يَعْتَقِدُونَ حَلَّهُ فَقَدْ سَبَقَ أَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ لَا يُقَامُ عَلَى ذِمِّيٍّ عَلَى الْأَصَحِّ وَإِنْ رَضِيَ بِحُكْمِنَا، وَلَوْ نَكَحَّ مَجُوسِيٍّ مَحْرَمًا لَهُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ، فَإِنْ رَفَعُوا إِلَيْنَا وَرَضُوا بِحُكْمِنَا حَكَمْنَا، وَهَلْ يَجِبُ الْحَكْمُ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ الْمَعْرُوفَانِ. انْتَهَى.

فَإِنْ امْتَنَعُوا مِنْ إِجْرَاءِ الْأَحْكَامِ بِالْقُوَّةِ وَالْعُدَّةِ لَا يَنْخُو الذَّبُّ انْتَقَضَ عَهْدُهُمْ، وَمَعَ عَدَمِ حَدِّهِمْ بِشُرْبِ الْخَمْرِ يُعْزَرُونَ بِإِظْهَارِهِ كإِظْهَارِهِمُ التَّثْلِيثَ، وَاعْتِقَادِهِمْ فِي الْمَسِيحِ وَعُزَيْرِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِمَا وَسَلَّم، وَإِظْهَارِ النَّاقُوسِ وَالْخِنْزِيرِ وَأَعْيَادِهِمْ وَقِرَاءَةِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ وَنَحْوِهَا، وَلَا يُنْتَقَضُ عَهْدُهُمْ بِذَلِكَ وَإِنْ شُرِطَ انْتِقَاضُهُ بِهِ.

(٣) (وَأَلَّا يَذْكُرُوا) اللَّهُ أَوْ رَسُولَهُ أَوْ الْقُرْآنَ أَوْ نَبِيًّا أَوْ (دِينَ الْإِسْلَامِ) أَوْ نَحْوَهَا (إِلَّا بِالْخَيْرِ) فَإِنْ سَبَّوْا اللَّهَ أَوْ رَسُولَهُ أَوْ الْقُرْآنَ أَوْ دِينَ الْإِسْلَامِ أَوْ أَحَدًا مِنَ الْأَنْبِيَاءِ أَوْ نَحْوَهَا جَهْرًا بِمَا لَا يَتَدَيَّنُونَ بِهِ؛ كَالطَّعْنِ فِي نَسَبِهِ ﷺ أَوْ نَسَبِهِ إِلَى الزَّنا، فَإِنْ شُرِطَ انْتِقَاضُ عَهْدِهِمْ بِذَلِكَ انْتَقَضَ، وَإِلَّا فَلَا، أَمَّا مَا يَتَدَيَّنُونَ بِهِ كَقَوْلِهِمْ: الْقُرْآنُ لَيْسَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ، وَأَنَّ اللَّهَ ثَالِثُ ثَلَاثَةٍ، فَلَا انْتِقَاضَ بِهِ مُطْلَقًا.

(٤) (وَأَلَّا يَفْعَلُوا مَا فِيهِ ضَرَرٌ لِلْمُسْلِمِينَ) كإِيوَاءِ جَاسُوسٍ، وَدَلَالَةِ أَهْلِ الْحَرْبِ عَلَى عَوْرَةٍ لَنَا، وَقَطْعِ الطَّرِيقِ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ فَعَلُوا شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ انْتَقَضَ عَهْدُهُمْ إِنْ شُرِطَ انْتِقَاضُ الْعَهْدِ بِهِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْ انْتَقَاضِ عَهْدِهِ بِقِتَالٍ وَجَبَ دَفْعُهُ وَقِتَالُهُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِذَلِكَ حَرْبِيًّا وَإِمَامًا مَخِيرًا فِيهِ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالْإِرْقَاقِ^(١) وَالْمَنْ وَالْفِدَاءِ، وَلَا يَجِبُ تَبْلِيغُهُ مَأْمَنَهُ، أَوْ بَغْيِ قِتَالٍ وَلَمْ يَسْأَلْ تَجْدِيدَ الْعَهْدِ تَخْيِيرَ الْإِمَامِ فِيهِ بَيْنَ الْقَتْلِ وَغَيْرِهِ مِمَّا تَقَدَّمَ، وَلَا يَجِبُ إِبْلَاغُهُ مَأْمَنَهُ، فَإِنْ سَأَلَ تَجْدِيدَ الْعَهْدِ وَجَبَ إِجَابَتُهُ.

(١) فِي (ج). «وَالْإِسْرَاقُ»

وَمِنْ اِتْتَقَضَ عَهْدُهُ لَمْ يَبْطُلْ أَمَانُ ذَرَارِيهِ؛ كَالنِّسَاءِ وَالْخَنَائِي وَالصَّبِيَانِ
وَالْمَجَانِينِ، وَلَا يَجُوزُ سَيِّئُهُمْ وَلَا إِرْقَاقُهُمْ، وَيَجُوزُ تَقْرِيرُهُمْ فِي دَارِنَا، فَإِنْ طَلَبُوا
دَارَ الْحَرْبِ أُجِيبَ النِّسَاءُ وَالْخَنَائِي دُونَ الصَّبِيَانِ وَالْمَجَانِينِ حَتَّى يَبْلُغُوا أَوْ
يَفِيقُوا أَوْ يَطْلُبَهُمْ مُسْتَحِقُّ الْحِصَانَةِ.

(وَيُعَرَّفُونَ) أَي: يَجِبُ أَنْ يُمَيِّزَ أَهْلُ الذِّمَّةِ وَلَوْ نِسَاءً فِي دَارِنَا (بِلَبْسِ الْغِيَارِ)
بِكِسْرِ الْمَعْجَمَةِ وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ عَلَيْهِمْ، وَهُوَ مَا يَخَالَفُ لَوْنَهُ لَوْنُ ثَوْبِهِ، كَانَ
يَخِيطُ فِي مَوْضِعٍ لَا يُعْتَادُ الْخِيَاطَةَ فِيهِ كَالْكَتِفِ عَلَى ثَوْبِهِ الظَّاهِرِ مَا يَخَالَفُ لَوْنَهُ،
وَالْأُولَى بِالْيَهُودِ الْأَصْفَرُ، وَبِالنَّصَارَى الْأَزْرَقُ، وَبِالْمَجُوسِ الْأَسْوَدُ، وَبِالسَّامَةِ
الْأَحْمَرُ.

(وَشَدُّ الزُّنَارِ) بَضْمُ الزَّائِي وَهُوَ خِيْطٌ غَلِيْظٌ يُشَدُّ بِهِ وَسْطُهُ فَوْقَ الثِّيَابِ، نَعَمَ
الْمَرْأَةُ وَالْحَقُّ بِهَا الْخُنْثَى تَجْعَلُهُ تَحْتَ إِزَارِهَا وَتُظْهِرُ بَعْضَهُ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو
حَامِدٍ: فَوْقَهُ ^(١). وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا مِبَالِغَةٌ فِي التَّمْيِيزِ.

(وَيُمْنَعُونَ) أَي: ذَكَرُوا أَهْلَ الذِّمَّةِ الْمَكْلُفُونَ (مِنْ رُكُوبِ الْخَيْلِ) إِنْ لَمْ
يَنْفَرِدُوا عَنَّا، فَإِنْ انْفَرَدُوا بِبَلَدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ فِي غَيْرِ دَارِنَا فَوَجْهَانِ، وَالْأَقْرَبُ كَمَا قَالَ
الْأَذْرَعِيُّ ^(٢) عَدَمُ الْمَنْعِ.

وَخَرَجَ بِالْخَيْلِ: الْحَمِيرُ، وَالْبَغَالُ وَلَوْ نَفِيسَةً، وَالْبَرَادِيزُ الْخَسِيسَةُ.



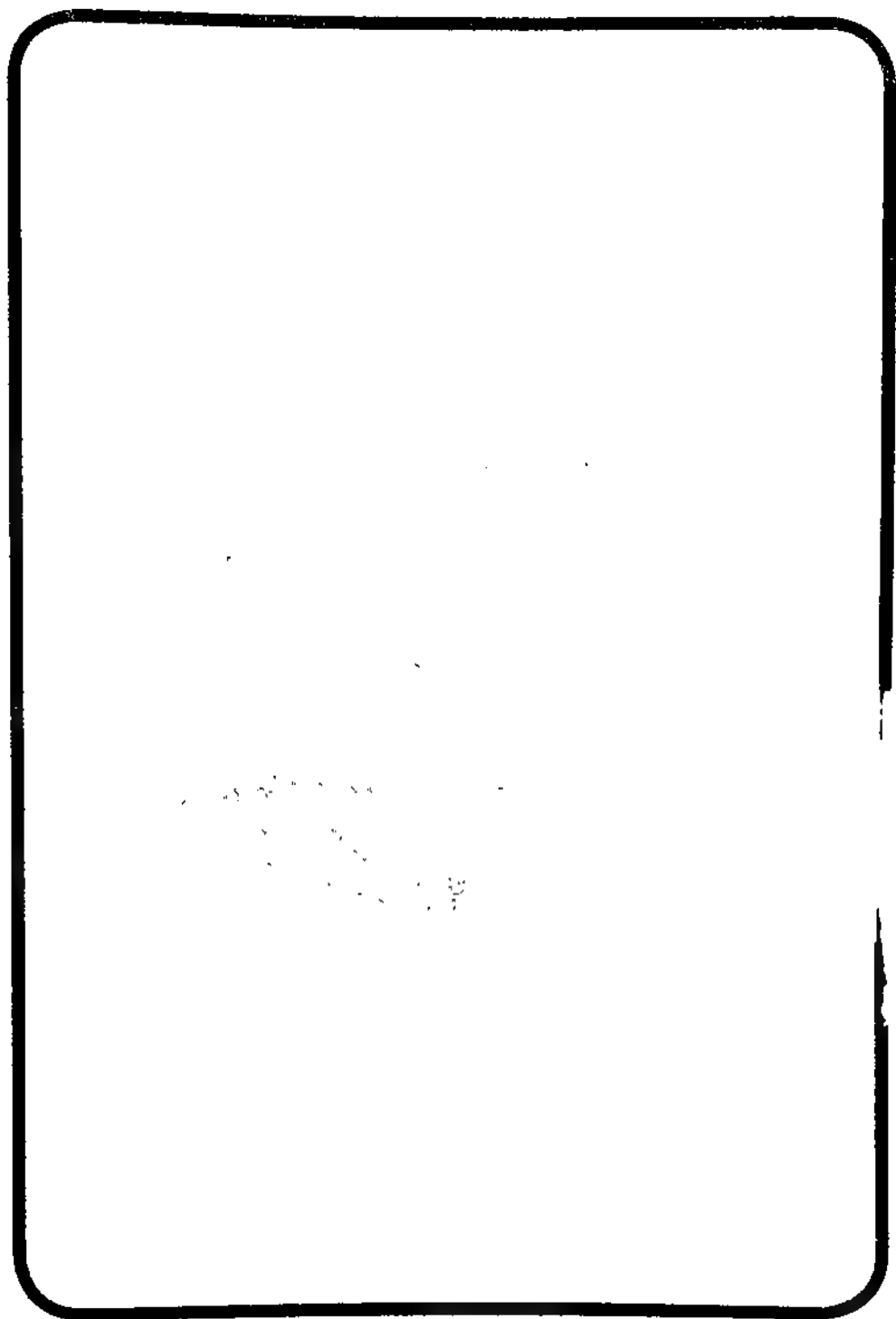
(١) «روضة الطالبين» (١٠/٣٢٧).

(٢) «قوت المحتاج» (٩/٤٨٠).



(كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ)





(كِتَابُ) بَيَانِ^(١) (الصَّيْدِ)

بمعنى الاصطيد؛ أي: ما يُعْتَبَرُ فِيهِ لِيَحِلَّ الْمَصِيدُ، أو بمعنى المصيد أي: ما يُعْتَبَرُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ اصْطِيادُهُ لِيَحِلَّ هُوَ.

(و) بَيَانُ (الذَّبَائِحِ) جَمْعُ ذَبِيحَةٍ بِمَعْنَى مَذْبُوحَةٍ مِنْ حَيْثُ مَا يُعْتَبَرُ فِي ذَبْحِهَا لِتَحِلَّ، وَأَفْرَدَ الصَّيْدَ نَظَرًا لِلْفُظِّ الْمَصْدَرِ، وَجَمَعَ الذَّبِيحَةَ نَظَرًا لِاخْتِلَافِ أَنْوَاعِهَا.

(وَمَا قَدَّرَ عَلَى ذَكَائِهِ) مِنَ الْحَيَوَانِ الْبَرِّ الْمَأْكُولِ^(٢) بَأَن قَدَّرَ عَلَيْهِ (فَذَكَائُهُ) الْمُحْلَلَةُ لَهُ تَحْصُلُ بِالْقَطْعِ (فِي خَلْقِهِ) وَهُوَ أَعْلَى الْعُنُقِ^(٣) (وَلَبَنِيهِ) وَهِيَ أَسْفَلُ عُنُقِهِ أَي: فِي أَحَدِهِمَا، وَسَيَأْتِي أَنَّ الْمُعْتَبَرَ قَطْعُ الْخُلُقُومِ وَالْمَرِيِّ.

(وَمَا لَمْ يُقَدَّرْ عَلَى ذَكَائِهِ) مِنَ الْحَيَوَانِ بَأَن لَمْ يُقَدَّرْ عَلَيْهِ كَصَيْدٍ مَتَوَحِّشٍ وَبَعِيرٍ نَدَّ أَوْ تَرَدَّى فِي بئرٍ وَلَمْ يُمَكِّنْ قَطْعُ خُلُقُومِهِ وَمَرْيَتِهِ وَشَاةٍ شَرَدَتْ (فَذَكَائُهُ) الْمُحْلَلَةُ لَهُ (عَقْرُهُ) أَي: جَرْحُهُ بِرُمِيهِ بِنَخْوِ سَهْمٍ جُرْحًا مُزْهِقًا لِلرُّوحِ (حَبْثُ) أَي: فِي أَيِّ مَوْضِعٍ فِيهِ (قَدَّرَ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى عَقْرِهِ فِيهِ كَرَجْلِهِ.

(وَيُسْتَحَبُّ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ) أَي: الْجَمْعُ بَيْنَهَا وَهِيَ:

(١) (قَطْعُ) كُلِّ (الْخُلُقُومِ) وَهُوَ مَجْرَى النَّفْسِ دُخُولًا وَخُرُوجًا.

(٢) (و) قَطْعُ كُلِّ (الْمَرِيِّ) بِالْهَمْزِ، وَهُوَ مَجْرَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ تَحْتَ الْخُلُقُومِ.

(٣-٤) (و) قَطْعُ كُلِّ مِنَ (الْوَدَجَيْنِ) بِفَتْحِ الْوَاوِ وَالذَّلَالِ، وَهُمَا عِرْقَانِ فِي صَفْحَتَيْ الْعُنُقِ يُحِيطَانِ بِالْخُلُقُومِ.

(٢) ليست في (ج)، (ع).

(١) في (هـ): «أحكام».

(٣) في (ع): «عقه».

(وَالْمُجْزِئُ مِنْهُمَا) أَي: مِنْ هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ دُونَ غَيْرِهِ (شَيْئَانِ) وَهُمَا (قَطْعُ) كُلِّ (الْحُلُقُومِ، وَ) قَطْعُ كُلِّ (الْمَرِيِّ) قَطْعًا مَتَمَحِّضًا بِشَرْطِ وَجُودِ الْحَيَاةِ الْمُسْتَقَرَّةِ عِنْدَ ابْتِدَائِهِ وَإِنْ لَمْ تَبْقَ إِلَى انْتِهَائِهِ، فَلَوْ قَطَعَ بِسَكِينٍ مَسْمُومٍ بِسُمِّ مَوْجٍ، أَوْ قَارَنَ الْقَطْعُ مَا لَهُ مَدْخُلٌ فِي الْهَلَاكِ كِإِخْرَاجِ حَشَوَّتِهِ، أَوْ انْتَهَى الْحَيَوَانُ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْقَطْعِ إِلَى حَرَكَةٍ مَذْبُوحٍ بِنَحْوِ جُرْحٍ أَوْ انْهَادٍ سَقْفٍ أَوْ أَكَلِ نَبَاتٍ ضَارٍّ أَوْ نَحْوِهَا حُرْمٌ، بِخِلَافِ مَا لَوْ انْتَهَى إِلَى ذَلِكَ بِمَرَضٍ وَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ أَكَلُ نَبَاتٍ مُضِرٍّ.

وَالْأَوَجَهُ فِيمَا لَوْ رَفَعَ يَدَهُ لِاضْطِرَابِ الْحَيَوَانِ أَوْ غَيْرِهِ وَأَعَادَهَا فَوْزًا، أَوْ انْقَلَبَتْ شَفَرَتُهُ فَرَدَّهَا أَنَّهُ لَا يَضُرُّ، وَالْمُتَبَادَرُ مِنْ تَعْيِيرِهِ بِالْقَطْعِ وَالْعَفْرِ قَضْدُ ذَلِكَ، فَلَوْ فَقَدَ الْقَضْدَ كَانَ بِيَدِهِ سَكِينٌ فَسَقَطَ وَانْجَرَحَ بِهِ صَيْدٌ وَمَاتَ أَوْ احْتَكَّ بِهِ وَهُوَ فِي يَدِهِ فَانْقَطَعَ حُلُقُومُهُ وَمَرِيئُهُ، أَوْ أَرْسَلَ سَهْمًا لِاخْتِبَارِ قُوَّتِهِ أَوْ إِلَى غَرَضٍ فَأَصَابَ صَيْدًا أَوْ قَتَلَهُ حُرْمٌ، وَلَا بَدَّ مِنْ قَضْدِ عَيْنِ الصَّيْدِ أَوْ جَنْسِهِ، فَلَوْ أَجَالَ بِسَيْفِهِ فَأَصَابَ مَذْبَحَ صَيْدٍ أَوْ أَرْسَلَ سَهْمَهُ فِي ظُلْمَةٍ رَاجِيًا صَيْدًا فَقَتَلَهُ حُرْمٌ.

وَلَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ وَلَوْ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ أَوْ إِلَى سَرْبٍ ظَبَاءٍ فَأَصَابَ وَاحِدَةً حَلًّا، أَوْ إِلَى صَيْدٍ ظَنَّهُ حَجَرًا أَوْ خَنْزِيرًا فَأَصَابَهُ حَلًّا، أَوْ غَيْرَهُ لَمْ يَحِلَّ؛ لِأَنَّهُ قَصْدٌ مُحَرَّمٌ فَعُلِمَ أَنَّ قَصْدَ الْمُحَرَّمِ إِنَّمَا يَضُرُّ إِذَا كَانَتْ الْإِصَابَةُ لِغَيْرِ الْمَقْصُودِ.

(وَيَجُوزُ الْأَضْطِثَادُ) أَي: يَحِلُّ وَيُعْتَدُّ بِهِ فَيَحِلُّ الْمُصَادُّ حَيْثُ لَمْ يُدْرَكَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ، أَوْ أَدْرَكَهَا وَتَعَذَّرَ ذَنْبُهُ بِلا تَقْصِيرٍ، بِأَنْ سَلَّ السَّكِينُ فَمَاتَ قَبْلَ إِمْكَانِ ذَنْبِهِ، أَوْ امْتَنَعَ بِقُوَّتِهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ تَعَذَّرَ بِتَقْصِيرٍ كَأَن لَمْ يَكُنْ مَعَهُ سَكِينٌ أَوْ غُصِبَتْ أَوْ تَشَبَّهَتْ فِي الْغَمْدِ (بِكُلِّ جَارِحَةٍ) أَي: كَاسِيَةٍ (مِنْ سَبَاحِ الْبَهَائِمِ) كَكَلْبٍ وَفَهْدٍ (مُعَلَّمَةٍ) وَسَيَّاتِي شَرْطُ^(١) تَعَلُّمِهَا (وَ) كُلِّ جَارِحَةٍ مِنْ (جَوَارِحِ الطَّيْرِ) مُعَلَّمَةٍ عَلَى مَا سَيَأْتِي كِبَازٍ وَشَاهِينَ.

(وَشَرَائِطُ تَعْلِيمِهَا) أَي: الجارحة مِنَ السَّبَاعِ وَالطَّيْرِ أُمُورٌ (أَرْبَعَةٌ):

الْأَوَّلُ: (أَنْ تَكُونَ إِذَا أُرْسِلَتْ) عَلَى الصَّيْدِ بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ أَي: أَعْرَاهَا أَحَدٌ عَلَيْهِ (اسْتَرْسَلَتْ) بِالْبِنَاءِ لِلْفَاعِلِ أَي: قَبِلَتْ الْإِرْسَالَ بِأَنْ هَاجَتْ بِأَعْرَائِهِ.

(وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ إِذَا رُجِرَتْ) بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ عَنِ الذَّهَابِ إِلَى الصَّيْدِ وَلَوْ بَعْدَ شِدَّةٍ عَذِوْهَا (انْفَرَجَتْ) أَي: قَبِلَتْ الْانْزِجَارَ وَانْكَفَتْ عَنْهُ، وَهَذَا شَامِلٌ لْجَارِحَةِ الطَّيْرِ، لَكِنْ نَقَلَ الشَّيْخَانِ^(١) عَنِ الْإِمَامِ عَدَمَ اشْتِرَاطِهِ فِيهَا.

(وَالثَّلَاثُ: أَنْ تَكُونَ إِذَا) أَمْسَكَتِ الصَّيْدَ سِوَاءَ (قَتَلَتْ) الصَّيْدَ بِنَحْوِ تَحَامُلِهَا عَلَيْهِ أَوْ يَثْقُلُهَا، أَوْ لَمْ تَقْتُلْهُ (لَمْ تَأْكُلْ مِنْهُ) وَلَوْ مِنْ نَحْوِ جُلْدِهِ، بِخِلَافِ نَحْوِ شَعْرِهِ، وَلَمْ تَقَاتِلْ صَاحِبَهَا دُونَهُ حِينَ أَخَذَهُ مِنْهَا، وَلَمْ تَهْرَ^(٢) فِي وَجْهِهِ حِينَئِذٍ كَمَا بَحَثَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ.

(وَالرَّابِعُ: (أَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلِكَ) الْمَذْكُورُ مِنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ (مِنْهَا) بِحَيْثُ يُظَنُّ تَأْدِيبُهَا فِي عَادَةِ أَهْلِ الْخَبْرَةِ بِالْجَوَارِحِ.

(فَإِنْ عُدِمَ أَحَدُ الشُّرُوطِ) الْمَذْكُورَةِ بِأَنْ كَانَتْ إِذَا أُرْسِلَتْ^(٣) لَمْ تَسْتَرْسِلْ، أَوْ إِذَا رُجِرَتْ لَمْ تَنْزَجِرْ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، أَوْ إِذَا أَمْسَكَتِ الصَّيْدَ أَكَلَتْ مِنْهُ أَوْ لَمْ تَتَكَرَّرْ تِلْكَ الْأُمُورُ (لَمْ يَحِلَّ مَا أَخَذَتْهُ) مِنَ الصُّيُودِ (إِلَّا أَنْ يُذْرَكَ حَيًّا) حَيَاةً مُسْتَقَرَّةً (فَيَذَّكَّى) فَيَحِلُّ حِينَئِذٍ، وَلَوْ ظَهَرَ كَوْنُهَا مُعَلِّمَةً ثُمَّ أَكَلَتْ مِنْ صَيْدٍ عَقِبَ قَتْلِهِ لَا بَعْدَ انْصِرَافِهَا وَطُولِ الزَّمَنِ عَرَفًا بَطَلَّ تَعْلِيمُهَا مِنْ حَيْثُ الْأَكْلُ وَحُرْمٌ مَا أَكَلَتْ مِنْهُ دُونَ مَا قَبْلَهُ، وَلَوْ اسْتَرْسَلَتْ الْمُعَلِّمَةُ بِنَفْسِهَا وَأَكَلَتْ مِمَّا قَتَلَتْهُ لَمْ يَقْدَحْ فِي تَعْلِيمِهَا وَإِنْ حُرِّمَ مَا قَتَلَتْهُ.

(١) «الشرح الكبير» (٢٠/١٢)، و«روضة الطالبين» (٣/٢٤٦).

(٢) فِي (ن): «تَهْرَ».

(٣) فِي (ج): «استرسلت».

(وَتَجُوزُ) أي: تجزئ (الذَّكَاةُ) من ذبح أو عقير (بِكُلِّ مَا) أي: محدّد^(١) (يَجْرَحُ) كحديد ونحاس ورصاص وخشب وقصب وحجر وزجاج (إِلَّا) الذَّكَاةُ (بِالسِّنِّ وَالظُّفْرِ) وسائر العظام، فلا تجوز.

(وَتَحِلُّ) أي: تجزئ (ذَّكَاةُ كُلِّ مُسْلِمٍ وَكِتَابِيٍّ) تحلُّ مناكحة أهل ملته ولو أنثى ورقيقاً وأعمى وصبيّاً يطيق الذَّكَاةَ، ولو غير مميّز ومجنون وسكران ذبحاً أو عقراً، نعم ذبح الأعمى مكروه وعقره بنحو رمي سهم كصيده بإرسال نحوٍ كلبٍ حرام، بخلاف البصير في ظلمة وما اقتضاه هذا الإطلاق من حلِّ عقير غير المميّز من نحو صبيٍّ أو مجنون بنحو الرمي بسهم، ومثله اصطياؤه بالجارية هو ما صحّحه في «المجموع»^(٢) قال: أمّا المميّز فيحلُّ اصطياؤه قطعاً أي: برمي أو جارية، لكن الذي اقتضاه كلام «أصل الروضة»^(٣) وجزم به في «الروض»^(٤) عدم الحل.

(وَلَا تَحِلُّ ذَّكَاةُ مُجُوسِيٍّ وَلَا وَثَنِيٍّ) ولا كتابي لا تحلُّ مناكحة أهل ملته ذبحاً ولا عقراً، ولو شارك أحدٌ منهم مسلماً أو كتابياً تحلُّ مناكحته في ذبح أو عقير أو اصطياؤه حرماً.

(وَذَكَاةُ الْجَيْنِ) تحضّل (بَذَكَاةِ أُمِّهِ) فإذا وُجدت بطنها بعد ذبحها ميتاً أو حيّاً حرّكته حركة مذبح، بخلاف ما إذا بقي بها يضطرب زمنًا طويلاً حلٌّ، وإن خرج بعضه حيّاً حياةً مستقرّةً فذبحته قبل انفصاله وشيّل ذكاة أمه غير المقدورة، وهو ظاهر (إِلَّا أَنْ يُوجَدَ) بعد ذبحها (حيّاً) حياةً مستقرّةً (فَيَذَكِّي) فلا يحلُّ إلا بالتذكية.

(٢) «المجموع شرح المهذب» (٩/ ٧٧)

(٤) «روض الطالب» (١/ ٤٤٢).

(١) في (ج) «محدود».

(٣) «الشرح الكبير» (١٢/ ٧).

(وَمَا) أي: وأي جزءٍ (قُطِعَ) أو انفصلَ بدونِ قطعٍ (مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيْتٌ) أي: له وما عليه من نحوٍ شعيرٍ وريشٍ حُكِمَ مَيْتَةً ذَلِكَ الْحَيُّ طَهَارَةٌ وَنَجَاسَةٌ، فَيَدُ الْأَدَمِيِّ طَاهِرَةٌ وَإِلَى الْخُرُوفِ نَجَسَةٌ، نَعَمْ فَأَرَةُ الْمِسْكِ الْمُنفَصِلَةُ فِي الْحَيَاةِ طَاهِرَةٌ كَالْمِسْكِ بِهَا.

(إِلَّا الشُّعُورَ) والأصوافَ والأوبارَ والأرياشَ المُنفَصِلَةَ مِنَ الْحَيَوَانَاتِ الْمَأْكُولَةِ (الْمُتَنَفِّعَ بِهَا فِي الْمَقَارِشِ وَالْمَلَابِيسِ وَنَحْوِهِ^(١)) أي: نحو ما ذَكَرَ مِنَ الْمَقَارِشِ وَالْمَلَابِيسِ، فَإِنَّهَا طَاهِرَةٌ، وَإِفْرَادُ الضَّمِيرِ عَلَى الْمَعْنَى كَمَا تَفَرَّدُ الْإِشَارَةُ فِي قَوْلِكَ وَغَيْرِ ذَلِكَ سَائِغٌ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَوْ أَنَّهُمْ مَاءٌ فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا وَمِثْلَهُ مَعَهُ لَافْتَدَوْا بِهِ﴾^(٢)، ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ هِشَامٍ.

وَلَوْ شَكَّ فِي الشُّعُورِ وَنَحْوِهَا وَإِنْ كَانَتْ مُلْقَاةً بِالْأَرْضِ هَلِ انْفَصَلَتْ مِنْ حَيٍّ أَوْ مَيْتٍ، أَوْ هَلِ مِنْ مَأْكُولٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ فِي طَهَارَةِ نَحْوِ الْأَلْبَانِ أَوْ الْعِظَامِ الْمُتْلَقَةِ حُكْمَ بَطْهَارَتِهَا؛ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ شَكَّ فِي شَاةٍ مَذْبُوحَةٍ مُتْلَقَاةٍ، أَوْ فِي قِطْعَةٍ لَحْمٍ فِي إِنْاءٍ، فَتَحْرُمُ مَا لَمْ تَكُنْ بِمَحَلٍّ يَغْلُبُ فِيهِ مَنْ تَحِلُّ ذِكَاكُتُهُ؛ إِذِ الْعَادَةُ حِفْظُ الْحَلَالِ مِنْ ذَلِكَ، أَمَّا قِطْعَةُ لَحْمٍ مُلْقَاةٌ فَتَحْرُمُ قِطْعًا.



(١) فِي (ج): «وَنَحْوِهَا».

(٢) سُورَةُ الرُّعْدِ ١٨.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ مَا يَحِلُّ وَمَا يَحْرُمُ مِنَ الْحَيَوَانِ وَمَا يَحِلُّ لِلْمُضْطَرِّ

وَالْحَيَوَانُ قِسْمَانِ:

* قِسْمٌ بَحْرِيٌّ وَهُوَ مَا لَا يَعِيشُ إِلَّا فِي الْبَحْرِ، وَهُوَ حَلَالٌ بِأَيِّ صُورَةٍ كَانَ كَكَلْبٍ وَحَمَارٍ، بِخِلَافِ مَا يَعِيشُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ، فَإِنْ كَانَ بِصُورَةِ الْمَأْكُولِ كَالْغَنَمِ حَلٌّ، وَإِلَّا فَلَا.

* وَبَرِّيٌّ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ: (وَكُلُّ حَيَوَانٍ اسْتَطَابَتْهُ الْعَرَبُ) أَهْلُ الْيَسَارِ وَالطَّبَاعِ السَّلِيمَةِ السَّاكِنُونَ بِالْبِلَادِ وَالْقُرَى فِي حَالِ الرِّفَاهِيَّةِ بِشَرَطِ الْأَتَغْلِبِ عَلَيْهِمُ الْعِيَاظَةُ النَّاشِئَةُ عَنِ التَّنْعُمِ؛ أَي: عَدَّتْهُ طَيِّبًا، فَلَا اعْتِبَارَ بِسُكَّانِ الْبُوَادِي الَّذِينَ يَأْكُلُونَ مَا دَبَّ وَدَرَجَ (فَهُوَ حَلَالٌ)، وَيُمْكِنُ تَعْمِيمُ هَذَا لِلْحَيَوَانِ الْبَحْرِيِّ أَيْضًا.

(إِلَّا مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهِ) بَأَن دَلَّ عَلَيْهِ بِصَرِيحِهِ، أَوْ بِالِاسْتِنْبَاطِ مِنْهُ؛ فَيَحْرُمُ وَلَوْ فَرَضَ اسْتَطَابَتُهُمْ إِيَّاهُ، وَقَدْ يُجْعَلُ الْاسْتِثْنَاءُ مُنْقَطِعًا وَذَلِكَ كِبَغْلٍ وَحَمَارٍ أَهْلِيٍّ وَهَرَّةٍ وَحَشِيَّةٍ أَوْ أَهْلِيَّةٍ وَرَحْمَةٍ وَبُعَاثَةٍ وَفَارَازَةٍ وَجِدَاةٍ وَغُرَابٍ أَبْقَعَ وَغُرَابٍ جَبَلِيٍّ، وَهُوَ الْغُدَافُ الْكَبِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْكُنُ إِلَّا الْجِبَالَ، وَالْعَفَقَقِي، وَهُوَ ذُو لَوْنَيْنِ أَبْيَضَ وَأَسْوَدَ طَوِيلُ الذَّنْبِ قَصِيرُ الْجَنَاحِ، صَوْتُهُ الْعَفَقَقَةُ، وَكَذَا الْغُدَافُ الصَّغِيرُ، وَهُوَ أَسْوَدُ أَوْ رَمَادِيٌّ عَلَى مَا فِي «أَصْلِ الرُّوضَةِ»^(١)، لَكِنَّهُ اعْتَرَضَ، بَلْ قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: إِنَّهُ غَلَطَ، وَسَيَأْتِي حِلُّ غُرَابِ الزَّرْعِ.

(وَكُلُّ حَيَوَانٍ اسْتَخْبَتْهُ الْعَرَبُ) الْمَوْصُوفُونَ بِمَا ذُكِرَ أَي: عَدَّتْهُ خَبِيثًا (فَهُوَ حَرَامٌ) كَالْحَشَرَاتِ كَحَيَّةٍ وَضَفْدَعٍ (إِلَّا مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِإِبَاحَتِهِ) نَصًّا أَوْ اسْتِنْبَاطًا

فهو حلالٌ ولو فُرِضَ استخبائهم إيَّاه، وقد يُجعلُ الاستثناءُ منقطعاً، وذلك كالأنعامِ والخيلِ وبقرٍ وحشٍ وحمارِهِ وطَبَيبٍ وَصَبٍّ وَأَرْنَبٍ وَقُنْفُذٍ وَسَمُورٍ وَيَسْنَجَابٍ وَنَعَامَةٍ وَكَرْكِيِّ وَغُرَابٍ زَرَعٍ، وهو أسودٌ صغيرٌ يقالُ له: الزَّاعُ، وقد يكونُ مُحَمَّرُ المِنْقَارِ والرَّجْلَيْنِ، وما تولَّدَ بينَ مأكولينِ كخيلٍ وحمارٍ وحِشِيٍّ، بخلافِ ما تولَّدَ بينَ مأكولٍ وغيره فهو حرامٌ.

قال ابنُ الصَّبَّاحِ: ولو اشتبهَ حيوانٌ فلم يُدرَ مِمَّ تولَّدَ، فلا اختيارٌ أَلَّا يُؤْكَلَ، فإن أريدَ أَكْلُهُ رُجِعَ إِلَى خَلْقَتِهِ، فإن أشبهَ ما يحِلُّ حلٌّ أو ما يحُرَّمُ حُرْمٌ.

وفي «تعليقِ البغويِّ» وَذَكَرَ الْقَاضِي نَحْوَهُ وَجَرَى عَلَيْهِ فِي «الأنوارِ»^(١): أَنَّهُ لَوْ وَلَدَتْ شَاةٌ شَبَهُ كَلْبٍ وَلَمْ يُعْلَمْ أَنَّهُ نَزَى عَلَيْهَا حَلٌّ؛ إِذْ قَدْ يَحْصُلُ الْخَلْقُ عَلَى خِلَافِ صُورَةِ الْأَصْلِ، قَالَ: وَالْوَرَعُ أَلَّا يُؤْكَلَ. انْتَهَى.

وَيُسْتَبَعَدُّ الْحِلُّ لَوْ وَلَدَتْ شَبَهُ آدَمِيٍّ وَلَمْ يُعْلَمْ أَنَّهُ نَزَى عَلَيْهَا وَيَدُقُّ الْفَرْقُ، وَتَحِلُّ شَاةٌ تَرَبَّتْ بِلَبَنِ كَلْبَةٍ.

وفي «فتاوى البغويِّ»: أَنَّهُ يَحِلُّ شَرْبُ لَبَنِ فَرَسٍ وَلَدَتْ بَغْلًا؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا، وَإِنْ كَانَ الْفَحْلُ حِمَارًا.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا دَلَّ الشَّرْعُ صَرِيحًا أَوْ اسْتِنْبَاطًا عَلَى حَلِّهِ أَوْ حَرَمَتِهِ فَلَا كَلَامَ فِيهِ، وَمَا لَمْ يَدُلَّ فِيهِ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ يُرْجَعُ فِيهِ لِلْعَرَبِ الْمَذْكُورِينَ، فَيَحِلُّ مَا اسْتَطَابُوهُ وَيَحُرَّمُ مَا اسْتَخَبُّوهُ، فَإِنْ اخْتَلَفُوا قَالَ الشَّيْخَانِ: وَلَا تَرْجِيحَ^(٢). انْتَهَى.

وَلَعَلَّ مِنْ أَسْبَابِهِ الْكَثْرَةُ، أَوْ شَكُّوا أَوْ لَمْ نَجْزِهِمْ وَلَا غَيْرَهُمْ مِنَ الْعَرَبِ اعْتَبِرَ

(١) «الأنوار» (٣/ ٤٣٠).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ١٤٧)، و«روضة الطالين» (٣/ ٢٧٦).

بأقرب الحيوانِ شَبَهَا به صورةٌ أو طَبَعًا أو طَعْمًا، فَإِنْ اسْتَوَى شَبَهَانِ أو لَمْ نَجِدْ ما يَشْبَهُهُ حَلٌّ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: وكلامُهُمْ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ إِبْخَارِ جَمْعٍ^(١).

وَالظَّاهِرُ الْاِكْتِفَاءُ بِخَبَرِ عَدْلَيْنِ، وَيُرْجَعُ فِي كُلِّ زَمَنِ إِلَى الْعَرَبِ الْمَوْجُودِينَ فِيهِ مَا لَمْ يَسْبِقْ فِيهِ كَلَامٌ لِلْعَرَبِ الَّذِينَ كَانُوا فِي عَهْدِهِ ﷺ فَمَنْ بَعْدَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ اسْتَقَرَّ حَالُهُ وَعُرِفَ أَمْرُهُ.

وَمِمَّا وَرَدَ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهِ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ: (وَيَحْرُمُ مِنَ السَّبَاعِ مَا لَهُ نَابٌ قَوِيٌّ يَغْدُو بِهِ) عَلَى غَيْرِهِ؛ لِلنَّهْيِ عَنْهُ فِي خَبَرِ الصَّحِيحِينَ^(٢)؛ كَكَلْبٍ وَأَسَدٍ وَذَنْبٍ وَنَمِرٍ وَدُبٍّ وَقَرْدٍ وَفِيلٍ وَوَشَقٍ، بِخِلَافِ مَا نَابُهُ ضَعِيفٌ كَالضَّبِّعِ وَالثَّعْلَبِ.

وَبِقَوْلِهِ: (وَيَحْرُمُ مِنَ الطَّيُورِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ) بِكَسْرِ الْمِيمِ وَسُكُونِ الْخَاءِ، وَهُوَ لِلطَّيْرِ كَالظُّفْرِ لِلْإِنْسَانِ، (قَوِيٌّ يَجْرَحُ بِهِ) كَالصَّقْرِ وَالنَّسْرِ، بِخِلَافِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ ضَعِيفٌ كَالْحِمَامِ وَغُرَابِ الزَّرْعِ.

(وَيَحِلُّ لِلْمُضْطَرِّ) وَغَيْرِ الْعَاصِي بِسَفَرِهِ وَمَا أَحَقَّ بِهِ وَالْمَشْرِفِ عَلَى الْمَوْتِ بِحَيْثُ لَا يَعِيشُ وَإِنْ أَكَلَ، وَهُوَ مَنْ لَمْ يَجِدْ حَلَالًا وَخَافَ مِنَ الْجُوعِ تَلَفَ نَفْسِهِ أَوْ مَبِيعَ تَيْمَمٍ أَوْ ضَعْفًا يَنْقَطِعُ بِهِ عَنِ الرُّفْقَةِ وَيَضِيعُ، أَوْ عِيْلَ صَبْرُهُ وَجَهْدُهُ الْجُوعُ، قَالَ فِي «أَصْلِ الرُّوْضَةِ»^(٣): وَلَا يُشْتَرَطُ فِيمَا يَخَافُ مِنْهُ تَيَقُّنُ وَقَوَعِهِ لَوْ لَمْ يَأْكُلْ، بَلْ يَكْفِي غَلْبَةُ الظَّنِّ. انْتَهَى.

(١) ينظر. «أسنى المطالب» (١/٥٦٦).

(٢) «صحيح البخاري» (٥٥٣٠)، و«صحيح مسلم» (١٩٣٢) من حديث أبي ثعلبة رضي الله عنه.

(٣) «الشرح الكبير» (١٢/١٥٩).

لكن حكى الإمام عن صريح كلامهم الاكتفاء بتجويز تلف نفسه وسلامتها على السواء، فإن أجرى ذلك في غير تلف النفس ممّا ذكر كما هو القياس سقط اعتبار غلبة الظن رأساً، وقضية قولهم: ويضيع، أنه لا يكفي مجرد الوحشة وهو متّجة.

وقوله: (في) زمان (المخمصة) أي: المجاعة جرى على الغالب؛ إذ لا يتقيد الحلّ بذلك (أن يأكل من الميتة) ولو ميتة مسلم غير نبي بالنسبة لمسلم لم يجذ غيرها، سواء ميتة ما هو طاهر في حياته؛ كالحمار والشاة، وميتة ما هو نجس في حياته كالكلب والخنزير، لكن يمتنع الأكل من الثانية مع وجود الأولى، ويتعين في ميتة الأدمي المحترم أكلها نيئة إن أمكن ذلك، فيمتنع طبخها وشيها، ويتخير في ميتة غيره.

(المحرمة) في الاختيار (ما) أي: قدرًا (يسدُّ) أكله (رمقه) بل يلزمه ذلك، والحل لا ينافيه، ويحرّم عليه أن يشبع إلا أن يخاف محذور تيمم لو اقتصر على ما يسد رمقه، أو يتوقّف قطعه لبادية مهلكة على الشبع، فيلزمه الشبع بأن يتناول ما يكسر سورة الجوع، لا بالألّا يجذ للطعام مساعًا.

قال الإسنوي^(١) «وَمَنْ تَبِعَهُ: وَالرَّمَقُ بَقِيَّةُ الرُّوحِ كَمَا قَالَ جَمَاعَةٌ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّهُ الْقَوَى، وَبِذَلِكَ ظَهَرَ لَكَ أَنَّ السَّدَّ الْمَذْكُورَ بِالشَّيْنِ الْمَعْجَمَةِ لَا بِالْمَهْمَلَةِ، وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(٢) وَغَيْرُهُ: الَّذِي نَحْفَظُهُ أَنَّهُ بِالْمَهْمَلَةِ، وَهُوَ كَذَلِكَ فِي الْكُتُبِ أَيْ: وَالْمَعْنَى عَلَيْهِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ سَدَّ الْخَلَلِ الْحَاصِلِ فِي ذَلِكَ بِسَبَبِ الْجُوعِ.

(١) «المهمات» (٧٠ / ٩).

(٢) «قوت المحتاج» (١٠ / ١٨٤).

(وَمِثَّتَانِ) طاهرتان (حَلَالَانِ: السَّمَكُ، وَالْجَرَادُ) والمُرَادُ بالسَّمَكِ: كُلُّ مَا لَا يَعِيشُ إِلَّا فِي الْمَاءِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِصُورَةِ السَّمَكِ الْمَشْهُورَةِ؛ كَكَلْبٍ وَحِمَارٍ، نَعَمْ إِنْ انْتَفَخَ الطَّافِي بِحَيْثُ يُخْشَى أَنْ يُوْرِثَ الْأَسْقَامَ حُرْمٌ لِلضَّرُورَةِ، أَوْ وَجَدَ سَمَكَةً مُتَغَيِّرَةً فِي جَوْفِ سَمَكَةٍ كَبِيرَةٍ حُرْمَتٌ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ كَالرُّوْثِ وَالْقَيْءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ تَتَغَيَّرْ.

وَيَحِلُّ أَكْلُ مَشْوِيٍّ صَغِيرِهِ بِرَوْثِهِ وَإِنْ كُرِهَ، وَمِثْلُهُ الْجَرَادُ، وَلَا يَنْجُسُ بِهِ الدُّهْنُ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَلَوْ شَوَى نَحْوَ عَصْفُورٍ قَبْلَ إِخْرَاجِ مَا فِيهِ، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِصَغَارِ السَّمَكِ. انْتَهَى.

وَيَحِلُّ ابْتِلَاعُ سَمَكَةٍ أَوْ جَرَادَةٍ حَيَّةٍ كَمَا صَحَّحَهُ فِي «الرَّوْضِ»^(١). قَالَ الْقَمُولِيُّ: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي بَطْنِهَا رَوْثٌ وَأَنْ لَا.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَلَعَلَّ سَبَبَهُ أَنَّ الْحَيَاةَ تَمْنَعُ مِنَ النَّظَرِ إِلَى مَا فِي جَوْفِهِ، وَيَشْهَدُ لَهُ صَحَّةٌ صَلَاةً حَامِلِ الْحَيِّ دُونَ الْمَذْكُومِ. انْتَهَى.

وَهَذَا يَفِيدُ حِلَّ ابْتِلَاعِ كَبِيرِ السَّمَكِ حَيًّا مَعَ رَوْثِهِ، بِخِلَافِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ كَمَا هُوَ حَاصِلٌ مَا اعْتَمَدَهُ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٢)، وَحُكِيَ عَنْهَا فِي «شَرْحِ الرَّوْضِ»^(٣) أَنَّ مِثْلَهُ الْجَرَادُ فِي ذَلِكَ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ عِبَارَتَهَا لَا تَفِيدُ ذَلِكَ كَمَا يُعْلَمُ بِمَرَاجِعَتِهَا، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَرَادِ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ عَيْشَ السَّمَكِ فِي الْبَرِّ عَيْشٌ مُذْبُوحٌ.

(وَدَمَانٍ) طَاهِرَانِ (حَلَالَانِ: الْكَبِدُ) بَفَتْحِ أَوَّلِهِ وَكَسْرِ ثَانِيهِ، وَبَفَتْحِ أَوَّلِهِ أَوْ كَسْرِهِ مَعَ سَكُونِ ثَانِيهِ، وَيَنْبَغِي جَوَازُ كَسْرِ أَوَّلِهِ، (وَالطَّحَالُ) بِكَسْرِ الطَّاءِ.

(٢) «روضة الطالين» (٣/ ٢٣٩)

(١) «روص الطال» (١/ ٤٤٢).

(٣) «أسى المطال» (١/ ٥٥٣).

(فَصْلٌ) فِي بَيَانِ الْأَضْحِيَّةِ

(الْأَضْحِيَّةُ) ^(١) بِضَمِّ الهمزة وكسرها مع تخفيف الياء وتشديد ها، وجمعها: أضاحي بتشديد الياء وتخفيفها: ما يُذْبَحُ مِنَ النَّعَمِ تَقَرُّبًا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فِي الْوَقْتِ الْآتِي؛ أَي: مِنْ حَيْثُ ذُبِحَتْ فِي الْوَقْتِ الْمَذْكُورِ، أَوْ يُقَدَّرُ مضافٌ إِلَيْهَا أَي: ذَبَحَ، أَوْ يَرَادُ بِهَا التَّضْحِيَّةُ.

(سُنَّةٌ) مُؤَكَّدَةٌ لِمُسْلِمٍ، حُرِّ كَلَّهُ أَوْ بَعْضُهُ، مَكْلَفٌ غَيْرُ مُحْجُورٍ عَلَيْهِ بِسَفْوِهِ، وَكَذَا بِفَلْسٍ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، قَادِرٌ بِأَنْ يَجِدَ مَا يُسْنُّ لَهُ التَّصَدُّقُ مَعَهُ، وَحَيْثُ سُنَّتْ كِرَّةٌ تَرَكُّهَا وَلِزِمَتْ بِالنَّذْرِ، وَكَذَا بَنَخُو: «جَعَلْتُهَا أَضْحِيَّةً».

وَاللَّابِ وَالْجَدُّ دُونَ غَيْرِهِمَا التَّضْحِيَّةُ مِنْ مَالِهِمَا عَنْ مَوْلِيهِمَا حَيْثُ كَانَ مَوْجُودًا عِنْدَ دُخُولِ وَقْتِهَا كَمَا قَالَ الْبُلْقِينِيُّ، قَالَ: أَخَذَا مِمَّا فِي الْفِطْرَةِ، وَمِنْ قَوْلِهِمْ: لَا يُضْحِي عَمَّا فِي الْبَطْنِ كَمَا لَا يُخْرِجُ عَنْهُ الْفِطْرَةَ، فَمَنْ كَانَ حَمَلًا ذَلِكَ الْوَقْتُ ثُمَّ انْفَصَلَ بَعْدَهُ فِي يَوْمِ النَّحْرِ أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ سُنَّةُ الْأَضْحِيَّةِ.

(وَيُجْزَى فِيهَا) أَي: فِي الْأَضْحِيَّةِ (الْجَذْعُ مِنَ الضَّأْنِ) وَهُوَ مَا لَهُ سُنَّةٌ تَامَّةٌ، نَعَمْ إِنْ أَجْدَعَ أَي: أَسْقَطَ سُنَّةَ قَبْلَهَا أَجْزَأَ كَمَا لَوْ تَمَّتْ قَبْلَ أَنْ يَجْدَعَ.

(وَالثَّنْيِيُّ مِنَ الْمَعْزِ) وَهُوَ مَا تَمَّ لَهُ سِتَانٌ، (وَمِنْ (الْإِبِلِ) مَا تَمَّ لَهُ خُمْسٌ سَنِينَ، (وَمِنْ (الْبَقَرِ) وَهُوَ مَا تَمَّ لَهُ سِتَانٌ، وَكَالْجَذْعِ وَالثَّنْيِ الْجَذْعَةُ وَالثَّنْيَةُ، وَقَدْ يُجْعَلُ الْمَوْصُوفُ مَا يَصْدُقُ عَلَيْهِمَا فَيَشْمَلُهُمَا الْجَذْعُ وَالثَّنْيُ.

وَخَرَجَ غَيْرُ الْجَذْعِ وَالثَّنْيِ مِمَّا ذُكِرَ، فَلَا يُجْزَى (وَيُجْزَى الْبَدَنَةُ) أَي: الْوَاحِدُ

(١) فِي (ش)، (هـ): «وَالْأَضْحِيَّةُ».

من الإبل، ذكرًا كان أو أنثى (عَنْ سَبْعَةٍ) أي: سبعة أشخاص، أو سبعة بيوت، وإن أراد بعضهم الأضحية وبعضهم غيرها من القُرْبِ أو مُجَرَّدَ اللَّحْمِ، ولهم قسمة اللحم نيتًا بناءً على أن قسمته إفراز، وهو ما اقتضاه كلامُ «الرَّوْضَةِ»^(١) و«أصلها»^(٢)، وصحَّحه في «المجموع»^(٣)، وكأنَّ تقييدَ اللحم بكونه نيتًا؛ لأنَّ المطبوخ يصيرُ متقوِّمًا، ويظهرُ فيما لو قصَدَ السَّبعةُ الأضحيةَ وجوبُ التَّصَدُّقِ من حصَّةِ كلٍّ؛ لأنَّها بمنزلةِ سَبْعِ أَصْحَابٍ، ولو كان أحدهم ذميًّا لم يقدِّح فيما قصَّده غيره من أضحية أو غيرها.

(و) تُجْزَى (الْبَقَرَةُ) ذكرًا كان أو أنثى (عَنْ سَبْعَةٍ) على ما تقرَّرَ في البدنَةِ، (و) تُجْزَى (الشَّاةُ) أي: الجَذَعَةُ مِنَ الضَّانِّ وَالشَّيْءُ مِنَ الْمَعَزِ، ذكرًا كان أو أنثى (عَنْ وَاحِدٍ) عنه، أو عنه وعن أهل بيته كما قاله في «الرَّوْضَةِ»^(٤) و«أصلها»^(٥) إذا ضحَّى بها واحدٌ عن أهل بيتٍ تَأَدَّى الشُّعَارَ وَالسُّنَّةَ لَجَمِيعِهِمْ^(٦) انتهى.

والأفضلُ سَبْعُ شِياوٍ ثُمَّ بَدَنَةٌ ثُمَّ بَقَرَةٌ ثُمَّ ضَانٌّ ثُمَّ مَعَزٌ، وشاةٌ أفضلُ من مشاركةٍ في بدنةٍ أو بقرةٍ؛ للانفرادَ بِإِرَاقَةِ الدِّمِّ، وظاهرُه وإن شَارَكَه بِأَكْثَرٍ من سبعةٍ كَسَنَةِ أَسْبَاعِهِ، ويظهرُ في سَبْعِ شِياوٍ وجوبُ التَّصَدُّقِ من كلٍّ؛ لأنَّ كَلًّا أضحيةً، وفيما لو ضحَّى بِأَكْثَرٍ من سَبْعٍ أو بِأَكْثَرٍ من بدنةٍ أو بقرةٍ وقوِّعَ الجميعَ أضحيةً ووجوبُ التَّصَدُّقِ من كلٍّ.

ولو اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي شَاتَيْنِ لَمْ يَجْزِ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أو جماعةٌ ظَنُّوا أَنَّهُمْ سَبْعَةٌ فِي بَدَنَةٍ فَبَانُوا ثَمَانِيَةً، قال الْبَنْدَنِي جِي: فالَّذِي يَقْتَضِيهِ الْمَذْهَبُ أَنَّهَا لَا

(١) «روضة الطالبين» (١٩٨/٣).

(٢) «المجموع شرح المذهب» (٤٢٢/٨).

(٣) «الشرح الكبير» (٧٠-٦٩/١٢).

(٤) «الشرح الكبير» (٧٠/١٢).

(٥) «روضة الطالبين» (١٩٨/٣).

(٦) في (ش): «ولجميعهم».

تُجْزِئُهُمْ أَصْحِيَّةٌ. وَلَوْ ضَحَّى بِبَدْنِهِ أَوْ بَقَرَةٍ عَنْ شَاةٍ وَاجِبَةٍ فَمَا زَادَ عَنِ السَّبْعِ لَهُ
حُكْمُ أَصْحِيَّةِ التَّطَوُّعِ.

(وَأَرْبَعٌ مِنَ الْمَذْكُورَاتِ لَا تُجْزِئُ فِي الْأَصَاخِي):

(١) (الْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوْرَتَاهَا) وَهُوَ ذَهَابُ ضَوْءِ أَحَدِ الْعَيْنَيْنِ، فَذَهَابُ ضَوْفِيهِمَا
أَوَّلَى، وَخَرَجَ بِالْبَيِّنِ الْعَمَشَاءُ، وَهِيَ ضَعِيفَةُ الْبَصَرِ مَعَ سِيلَانِ الدَّمْعِ غَالِبًا،
وَالْعَشَوَاءُ وَهِيَ الَّتِي لَا تَبْصُرُ لَيْلًا؛ لِأَنَّهَا تَبْصُرُ وَقْتُ الرَّعْيِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهَا أَنَّهَا لَوْ
لَمْ تَبْصُرْ وَقْتُ الرَّعْيِ لَمْ تُجْزِ.

(٢) (وَالْعَرْجَاءُ) وَإِنْ حَدَثَ عَرَجُهَا تَحْتَ السَّكِينِ (الْبَيِّنُ عَرَجُهَا) بَانَ تَكُونَ
بَحِثُ تَسْبِقُهَا الْمَاشِيَةَ إِلَى الْكَلَالِ الطَّيِّبِ وَتَتَخَلَّفُ عَنْهَا، بِخِلَافِ الْيَسِيرِ مِنْ ذَلِكَ.

(٣) (وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا) وَهُوَ مَا يُوجِبُ الْهَزَالَ، بِخِلَافِ الْيَسِيرِ وَهُوَ
مَا لَا يُوجِبُهُ.

(٤) (وَالْعَجَفَاءُ) وَهِيَ (الَّتِي ذَهَبَ مُخُّهَا) بِضَمِّ الْخَاءِ، وَهُوَ مَا فِي عِظَامِهَا
(مِنْ) أَجْلِ شِدَّةِ (الْهَزَالِ)، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِهَا بَعْضُ هَزَالٍ وَلَمْ يَذْهَبْ مُخُّهَا،
وَلَا تُجْزِئُ الْجَرْبَاءُ وَإِنْ قَلَّ جَرَبُهَا.

(وَيُجْزِئُ) الْمَكْسِيُّ (وَالْحَصِيُّ) وَالْمَوْجُوءُ^(١) أَيِ: الْمَرَضُوسُ عَرُوقِي
الْبَيْضَتَيْنِ، (و) فَاقْدُ الْقُرُونِ، (وَالْمَكْسُورُ الْقَرْنِ) مَا لَمْ يَتَعَيَّبَ اللَّحْمُ بِكَسْرِهِ وَإِنْ
كَانَ ذُو الْقَرْنِ أَوَّلَى، وَالذَّاهِبُ بَعْضُ الْأَسْنَانِ، بِخِلَافِ الذَّاهِبِ الْكُلِّ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ
يُؤَثِّرُ فِي الْإِعْتِلَافِ وَنَقْصِ اللَّحْمِ، وَقَضِيَّةُ هَذَا التَّعْلِيلُ أَنَّ ذَهَابَ الْبَعْضِ لَوْ أَثَّرَ
ذَلِكَ ضَرًّا.

(١) فِي (ع)، «وَالْمَرْحُوءُ».

(وَلَا يُجْزَى) الْفَائِدُ الْأَذِنِ خَلْقَةً، وَلَا (الْمَقْطُوعُ الْأَذِنِ) كَلًّا أَوْ بَعْضًا، بِخِلَافِ الْمَشْقُوقِهَا وَالْمَخْرُوقِهَا وَالْمَقْضُوبِهَا، حَيْثُ لَمْ يَذْهَبْ مِنْهَا شَيْءٌ، وَسَكَنُوا عَنْ فَقْدِ بَعْضِ الْأَذِنِ خَلْقَةً، (و) لَا الْمَقْطُوعُ (الذَّنْبِ) أَوْ الْإِلِيَّةُ أَوْ الصَّرْعُ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ فَائِدِ ذَلِكَ.

وَلَا يُجْزَى الْمَقْطُوعُ بَعْضِ اللِّسَانِ، وَلَا يَضُرُّ قَطْعُ قُلْفَةٍ يَسِيرَةٍ مِنْ عَضْوٍ كَبِيرٍ كَفَخِذٍ.

(وَوَقْتُ) إِجْزَاءِ (الذَّبْحِ) عَنِ التَّضَحِّيَةِ مُبْتَدَأُ (مِنْ) مُضِيِّ قَدَرٍ (وَقْتِ) أَقَلِّ مُجْزِيٍّ مِنْ (صَلَاةِ الْعِيدِ) وَخُطْبَتِهِ مِنْ دُخُولِ وَقْتِهَا بِأَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ وَيَمْضِي مَا يَسَعُ الْأَقْلَ الْمَذْكُورَ وَإِنْ لَمْ يُفْعَلْ، وَيَسْتَمِرُّ (إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ) مِنْ آخِرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ) الثَّلَاثَةِ بَعْدَ يَوْمِ الْعِيدِ، سِوَاءٍ فِي ذَلِكَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَإِنْ كُرِّهَ الذَّبْحُ لَيْلًا فِي الْأَضْحِيَّةِ وَغَيْرِهَا.

(وَيُسْتَحَبُّ عِنْدَ الذَّبْحِ) وَلَوْ مِنْ نَحْوِ حَائِضٍ (خَمْسَةُ أَشْيَاءَ):

(١) (التَّسْمِيَةُ) بِأَنْ يَقُولَ: «بِاسْمِ اللَّهِ»، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقُولَ: «بِاسْمِ مُحَمَّدٍ»، وَلَا «بِاسْمِ اللَّهِ» وَ«اسْمِ مُحَمَّدٍ»، وَلَا «بِاسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ» بِالْجَزْرِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْرِيكِ، نَعَمْ إِنْ أَرَادَ: «أَذْبَحُ بِاسْمِ اللَّهِ وَأَتَبَرَّكُ بِاسْمِ مُحَمَّدٍ» فَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ الشَّيْخَانِ^(١) أَلَّا يَحْرُمَ، وَيُحْمَلُ إِطْلَاقُ مَنْ نَفَى الْجَوَازَ عَنْهُ عَلَى أَنَّهُ مَكْرُوهٌ؛ لِأَنَّ الْمَكْرُوهَ يَصِحُّ نَفْيُ الْجَوَازِ الْمُطْلَقِ عَنْهُ.

وَلَوْ قَالَ: «بِاسْمِ اللَّهِ وَاسْمِ مُحَمَّدٍ» بِالرَّفْعِ لَمْ يَحْرُمَ، بَلْ وَلَمْ يُكْرَهْ كَمَا بُحِثَ.

(٢) (وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ) عَقِبَ التَّسْمِيَةِ، وَيُكْرَهُ تَعَمُّدُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ

(١) «الشرح الكبير» (٨٥/١٢)، و«روضة الطالبين» (٢٠٦/٣)

وكذا الصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ كما في «الرَّوَضِ»^(١).

(٣) (وَاسْتَقْبَالَ الْقِبْلَةَ بِالدَّبِيحَةِ) بَأَنْ يُوجَّهَ مَذْبَحُهَا إِلَيْهَا، وَيُسَنُّ اسْتِقْبَالَ الذَّبَائِحِ أَيْضًا.

(٤) (وَالْتَكْبِيرُ) قَبْلَ التَّسْمِيَةِ وَبَعْدَ التَّسْمِيَةِ، وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ ثَلَاثًا، فيقول: «اللهُ أَكْبَرُ اللهُ أَكْبَرُ اللهُ أَكْبَرُ اللهُ»، ويزيدُ بعدَ الثَّلَاثَةِ: «وَللهِ الْحَمْدُ»، وَينبغي حصولُ أَضَلِّ سَنَةِ التَّكْبِيرِ بِمَرَّةٍ، بَلْ نَارَعَ الْأَذْرَعِيَّ^(٢) فِي طَلَبِ التَّثْلِيثِ أَخْذًا مِنْ حَدِيثِ مُسْلِمٍ^(٣) أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «يَا سَمِ اللهُ وَاللهُ أَكْبَرُ»، وَقَدْ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْمَنَازَعَةُ أَيْضًا فِي طَلَبِ الصَّلَاةِ وَكَوْنِهَا قَبْلَ التَّكْبِيرِ الَّذِي اقْتَضَاهُ كَلَامُهُمْ وَاسْتَظْهَرَهُ فِي «شرحِ الرَّوَضِ»^(٤).

(٥) (وَالدُّعَاءُ بِالْقَبُولِ) فيقولُ بعدَ التَّسْمِيَةِ وَالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَالتَّكْبِيرِ: «اللَّهُمَّ هَذَا مِنْكَ وَإِلَيْكَ فَتَقَبَّلْ مِنِّي».

وهذه السُّنَنُ جَارِيَةٌ فِي غَيْرِ الْأَضْحِيَةِ أَيْضًا إِلَّا التَّكْبِيرَ، فَإِنَّهُ خَاصٌّ بِالْأَضْحِيَةِ كَمَا نُقِلَ عَنِ النَّصِّ وَصَرَّحَ بِهِ الْمَاوَرِدِيُّ حَيْثُ قَالَ: وَيَخْتَارُ فِي الْأَضْحِيَةِ خَاصَّةً أَنْ يَكْبَرَ قَبْلَ التَّسْمِيَةِ وَبَعْدَهَا ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهَا فِي أَيَّامِ التَّكْبِيرِ ثُمَّ يَخْتِمُ بِالتَّحْمِيدِ، وَقَضِيَّةٌ تَعْلِيلُهُ نَذْبُ التَّكْبِيرِ مَعَ غَيْرِ الْأَضْحِيَةِ إِذَا وَقَعَ فِي أَيَّامِ التَّكْبِيرِ، إِلَّا أَنْ يَرِيدَ بِأَنَّهَا فِي أَيَّامِ التَّكْبِيرِ: أَنَّ مَشْرُوعِيَّتَهَا خَاصَّةٌ بِهَا، وَتَجِبُ النِّيَّةُ عِنْدَ الذَّبْحِ، أَوْ نَحْوِ إِفْرَازِهَا قَبْلَهُ، أَوْ عِنْدَ الدَّفْعِ عِنْدَ الْوَكِيلِ أَوْ ذَنْبِهِ.

(وَلَا يَأْكُلُ) أَي: لَا يَجُوزُ لَهُ أَكْلُ شَيْءٍ (مِنْ الْأَضْحِيَةِ الْمَنْذُورَةِ) ابْتِدَاءً، أَوْ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ كَانَ قَالَ: «للهِ عَلَيَّ» أَوْ «إِنْ شَفَى اللهُ مَرِيضِي فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ

(٢) «قوت المحتاج» (٣١/١٠)

(٤) «أسنى المطالب» (٥٤١/١).

(١) «روض الطالب» (٤٢٩/١).

(٣) «صحيح مسلم» (١٩٦٦).

بهذه الشاة أو «بشاة» أو «لله علي أن أضحي بهذه عمًا في ذمتي» ثم ذبح الشاة، أو شاة عمًا في ذمته بعد تعيينها عنه أو بدونه.

وكالمنذورة: ما لو قال: «جعلت هذه أضحية»، فإن أكل شيئًا مما ذكر غرم قيمته بناء على أن اللحم مقوم، فإن قلنا بالأصح أنه مثلي غرم مثله، أو أكل جميعه، لزمه ذبح أخرى.

(وَيَأْكُلُ) المضحي عن نفسه ندبًا (من) الأضحية (المنطوع بها) أي: بعضها (ولا) يأكل جميعها لوجوب التصديق ببعضها كما سيأتي.

ولا (يبيع) أي: لا يجوز ولا يصح أن يبيع (شيئًا من الأضحية) المنطوع بها كجلدها وقرنها، والبيع غيره من وجوه التملك، وله الانتفاع بجلدها واتخاذ نحو دلو ونعل منه، وله إعارته لا إجارته.

(وَيُطْعِمُ الْفُقَرَاءَ وَالْمَسَاكِينَ) من المسلمين بالبلد بعضهم من لحمها نيئًا فيملكونه ملكًا مطلقًا، والواجب إعطاء ما يقع عليه الاسم ولو لواحد منهم، ولا يجوز إعطاء نحو الجلد ولا غير النية ولا القدر التأف، والأفضل إعطاء الجميع إلا لقمة يبرك بأكلها، فإنه سنة، وله إعطاء الأغنياء لكن لا يتصرفون فيه بغير الأكل.



(فَصْلٌ) فِي الْعَقِيقَةِ

(وَالْعَقِيقَةُ) مَنْ حَيْثُ ذَبَحُهَا (مُنْتَحَبَةً) لِأَصْلٍ تَلَزَمُهُ نَفَقَةُ الْمَوْلُودِ بِفَرْضِ إِعْسَارِهِ مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ لَا مِنْ مَالِ الْمَوْلُودِ إِذَا أَيْسَرَ بِهَا فِي السَّبْعَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَيْسَرَ بِهَا بَعْدَ مَدَّةِ النَّفَاسِ، وَفِيمَا إِذَا أَيْسَرَ بَعْدَ السَّابِعِ فِي مَدَّةِ النَّفَاسِ تَرَدُّدًا، وَحَيْثُ اسْتَحَبَّتْ لَهُ لَمْ تَقُتْ عَلَيْهِ حَتَّى يَبْلُغَ الْوَلَدُ، فَإِنْ بَلَغَ حُسْنًا أَنْ يُعْتَقَ عَنْ نَفْسِهِ.

(وَهِيَ: الذَّبِيحَةُ عَنِ الْمَوْلُودِ) ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى أَوْ خُنْثَى، وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا بِوِلَادَتِهِ، لَكِنْ الْأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ (يَوْمَ سَابِعِهِ) أَي: السَّابِعِ مِنَ الْيَوْمِ الَّذِي وُلِدَ فِيهِ أَوْ فِي لَيْلَتِهِ وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي «شرح المهدب»^(١) آخِرَ الْبَابِ، وَإِنْ اقْتَضَى كَلَامُ «الرَّوْضَةِ»^(٢) وَ«أَصْلِهَا»^(٣) خِلَافَهُ.

(عَنِ الْقَلَامِ) أَي: الذَّكْرِ (شَاتَانِ) مَتَسَاوِيَتَانِ بِصِفَةِ الْأُضْحِيَّةِ، وَتُجْزَى وَاحِدَةً أَوْ سُبْعُ بَقَرَةٍ أَوْ بَدْنَةٍ، وَالتَّقْيِيدُ بِالشَّاتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ الْكِمَالِ، وَالْأَفْضَلُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِمَا أَفْضَلُ.

(وَعَنِ الْجَارِيَةِ) أَي: الْأُنْثَى (شَاةٌ) كَذَلِكَ، أَوْ سَبْعُ بَدْنَةٍ أَوْ بَقَرَةٍ، وَهَذَا أَقْلُ مَا يُجْزَى مُطْلَقًا، وَيَنْبَغِي تَفْضِيلُ الزِّيَادَةِ هُنَا أَيْضًا، وَالْخُنْثَى كَالْأُنْثَى كَمَا بَحَثَهُ الْإِسْنَوِيُّ، لَكِنْ فِي «الْبَيَانِ» أَنَّهُ يُذْبَحُ عَنْهُ شَاتَانِ، وَهُوَ الْأَوَّلَى لِأَنَّهُ الْاِحْتِيَاطُ الَّذِي هُوَ قَاعِدَةُ أُمُورِهِ.

(١) «المجموع شرح المهدب» (٨/ ٤٣١).

(٢) «روضة الطالبين» (٣/ ٢٢٩).

(٣) «الشرح الكبير» (١٢/ ١٧).

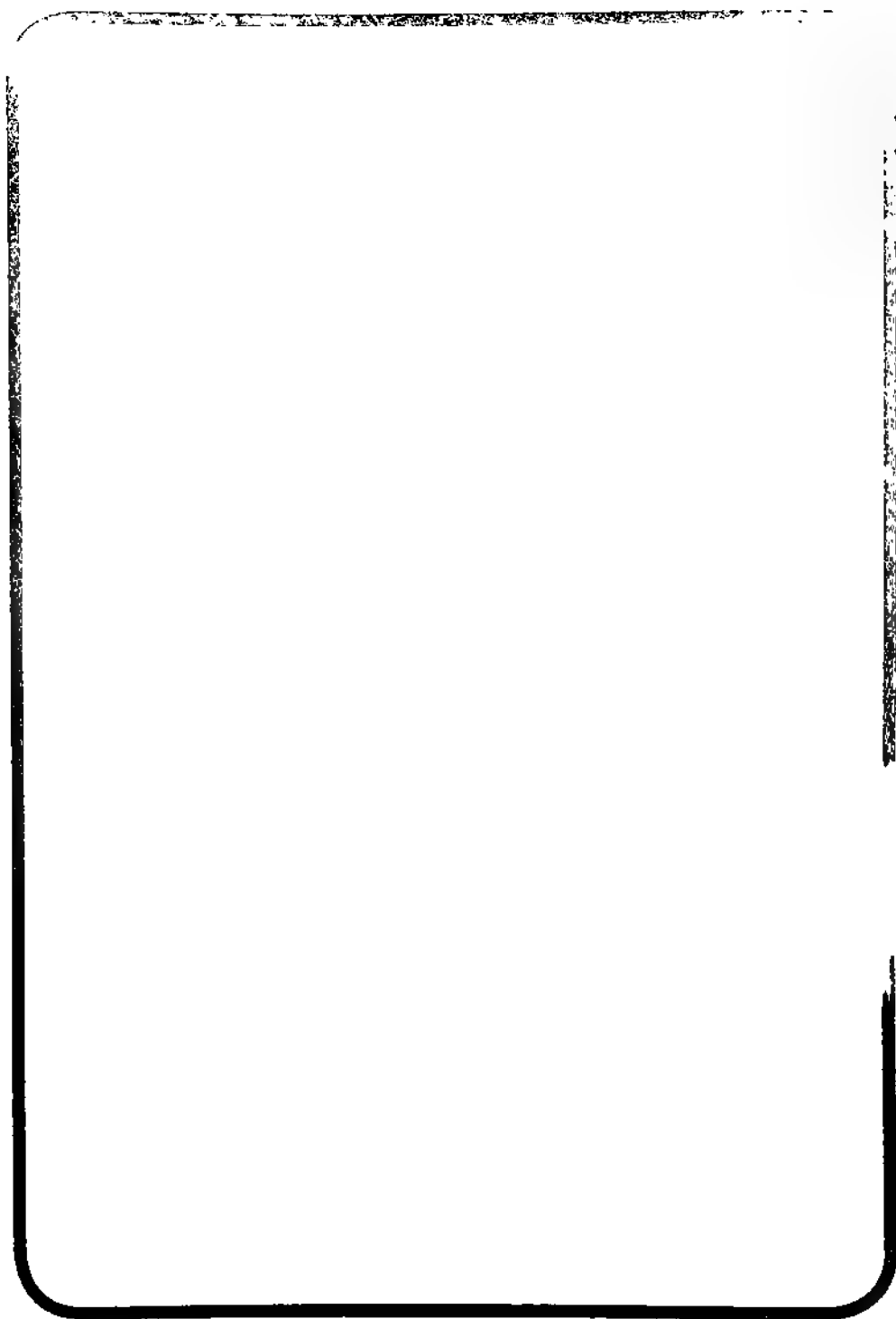
(وَيُطْعِمُ) منها (الْفُقَرَاءَ وَالْمَسَاكِينَ) أي: مِنَ الْمُسْلِمِينَ بِالْبَلَدِ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِمْ أَنَّهَا كَالْأُضْحِيَّةِ فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ، وَمِنْ نَمَّ كَانَ الْوَاجِبُ إِطْعَامَ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ وَلَوْ لَوَاحِدٍ، لَكِنْ لَا يَجِبُ إِعْطَاءُ النَّيِّءِ بَلْ يُسَنُّ طَبْخُهَا بِحُلْوٍ، وَحَمْلُ لَحْمِهَا مَطْبُوعًا مَعَ مَرْقِهِ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ أَفْضَلُ مِنْ دَعَائِهِمْ إِلَيْهَا، وَلِلْأَغْنِيَاءِ التَّصَرُّفُ فِيمَا يُهْدَى إِلَيْهِمْ مِنْهَا بِغَيْرِ الْأَكْلِ، بِخِلَافِ الْأُضْحِيَّةِ كَمَا تَقَدَّمَ.





(كِتَابُ السَّبْقِ وَالزَّمِي)





(كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمْيِ)

بمعنى المُسَابَقَةِ والمُنَاضِلَةِ الآتِي التَّعْيِيرُ بهما.

وهما سُنَّةٌ لِلرُّجَالِ الْمُسْلِمِينَ، وَحِلٌّ أَخْذُ الْعَوْضِ عَلَيْهِمَا عَلَى مَا يَأْتِي بَيَانُهُمَا.

(وَتَصِحُّ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ) كَخَيْلٍ وَإِبِلٍ وَفِيلٍ وَبُغْلٍ وَحِمَارٍ، وَلَوْ بَعَوْضٍ مَعْلُومٍ، لَا عَلَى نَحْوِ بَقَرٍ وَطَيْرٍ وَمُصَارَعَةٍ وَمُشَابَكَةٍ بِيَدِ بَعَوْضٍ، وَلَا عَلَى نَحْوِ مَنَاطِحَةٍ كَبَاشٍ، وَمُهَارَشَةٍ دِيكَةٍ وَلَوْ بِلَا عَوْضٍ.

(وَتَصِحُّ) (الْمُنَاضِلَةُ بِالسَّهَامِ) الْعَرَبِيَّةِ وَالْعَجَمِيَّةِ وَنَحْوِهَا؛ كَالْمِسْلَاتِ وَالْإِبْرِ وَالرَّمَاكِ وَلَوْ بَعَوْضٍ، وَإِنَّمَا يَصَحَّانِ (إِذَا كَانَتِ الْمَسَافَةُ) الَّتِي تَقَعُ الْمُسَابَقَةُ أَوْ الْمُنَاضِلَةُ فِيهَا مِمَّا لَا يَنْدُرُ قَطْعُهَا لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَكَانَتْ (مَعْلُومَةً) بِالذَّرْعِ أَوْ الْمُشَاهَدَةِ لِلْمُتَعَاقِدِينَ إِنْ لَمْ يَغْلِبْ عَرَفٌ بِشَيْءٍ، أَوْ جِهَلُهُ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَإِلَّا حُمِلَ الْإِطْلَاقُ عَلَيْهِ.

وَلَا بَدَّ فِي كُلِيهِمَا إِلَّا يَنْدُرُ سَبْقُ أَحَدِهِمَا، وَفِي الْمُسَابَقَةِ مِنْ تَسَاوِيهِمَا فِي الْمَوْقِفِ الَّذِي يَجْرِيَانِ مِنْهُ، وَالْغَايَةِ الَّتِي يَجْرِيَانِ إِلَيْهَا، فَلَوْ شُرِطَ تَقَدُّمُ مَوْقِفِ أَحَدِهِمَا أَوْ غَايَتِهِ لَمْ يَصَحَّ.

وَفِي الْمُنَاضِلَةِ مِنْ تَرْتُّبِ رَفِيعِهِمَا وَبَيَانِ الْبَادِي، وَإِلَّا فَسَدَ الْعَقْدُ، وَتَسَاوَاهُمَا فِي الْمَوْقِفِ الَّذِي يَرْمِيَانِ مِنْهُ، وَكَذَا الْغَايَةُ الَّتِي يَرْمِيَانِ إِلَيْهَا إِنْ قَصِدَا الرَّمْيَ إِلَى غَرَضٍ، فَلَوْ تَنَاضَّلَا عَلَى أَنْ يَكُونَ السَّبْقُ لِأَحَدِهِمَا رَمِيًّا وَلَمْ يَقْصِدَا غَرَضًا جَارَ إِنْ اسْتَوَى السَّهْمَانِ خَفَّةً وَرِزَانَةً، وَالْقَوْسَانِ شَدَّةً^(١) وَلِينًا.

(١) فِي (ش): «قِسْوَةً».

(وَيُخْرِجُ الْعِوَضَ) الْمَعْلُومُ لهما برؤية الْمُعَيَّنِ ووضف ما في الذمة أي: يلتزمه (أَحَدُ الْمُتَسَابِقَيْنِ) أَوِ الْمُتَرَامِيَيْنِ (حَتَّى إِذَا سَبَقَ) بِالْبِنَاءِ لِلْفَاعِلِ (اسْتَرَدَّ) أي: لم يلزمه شيء، (وَإِنْ سَبَقَ) بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ (أَخَذَهُ) أي: استحققه (صَاحِبُهُ) وهو السَّابِقُ؛ كَانَ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: «إِنْ سَبَقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ هَذَا» أَوْ «كَذَا» أَوْ «إِنْ سَبَقْتُكَ فَلَا شَيْءَ لِي عَلَيْكَ».

(أَخْرَجَا^(١)) الْعِوَضَ (مَعًا) بِأَنْ التَّزَمَهُ كُلُّ مِنْهُمَا لِمَا بِهِ إِنْ سَبَقَهُ؛ كَانَ شَرْطًا أَنْ مَنْ سَبَقَ مِنْهُمَا فَلَهُ عَلَى الْآخَرِ كَذَا (لَمْ يَجْزُ) لِأَنَّهُ قِمَارٌ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ (إِلَّا أَنْ يَدْخُلَا بَيْنَهُمَا مُحْلَلًا) أي: ثالثًا مكافئًا لهما مَرَكُوبُهُ يَكْفِيهِ مَرَكُوبُهُمَا عَلَى أَنَّهُ (إِنْ سَبَقَ) بِالْبِنَاءِ لِلْفَاعِلِ كِلَا مِنْهُمَا (أَخَذَ) مَا أَخْرَجَهُ كُلُّ مِنْهُمَا، جَاءَ مَعًا أَوْ مَرْتَبًا، وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا وَجَاءَ مَعَ الْأَوَّلِ أَخَذَ هُوَ وَالْأَوَّلُ مَا أَخْرَجَهُ الْمُتَأَخِّرُ (وَإِنْ سَبَقَ) بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ بِأَنْ سَبَقَهُ أَوْ سَبَقَهُ أَحَدُهُمَا وَجَاءَ بَيْنَهُمَا أَوْ مَعَ الْمُتَأَخِّرِ أَوْ جَاءَ الثَّلَاثَةُ مَعًا (لَمْ يَفْرَمِ) شَيْئًا لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، ثُمَّ إِنْ جَاءَ مَعًا أَوْ الثَّلَاثَةُ مَعًا فَلَا شَيْءَ لِأَحَدٍ، وَإِنْ جَاءَ أَوْ مَرْتَبَيْنِ قَبْلَهُ أَوْ جَاءَ مَعَ الْمُتَأَخِّرِ مِنْهُمَا أَوْ قَبْلَهُ أَخَذَ الْأَوَّلُ فَقَطْ مَا أَخْرَجَهُ الْآخَرُ وَسُمِّيَ الثَّلَاثُ مُحْلَلًا؛ لِأَنَّهُ يَحْلُلُ الْعَقْدَ وَيُخْرِجُهُ عَنْ صُورَةِ الْقِمَارِ الْمُحَرَّمِ.

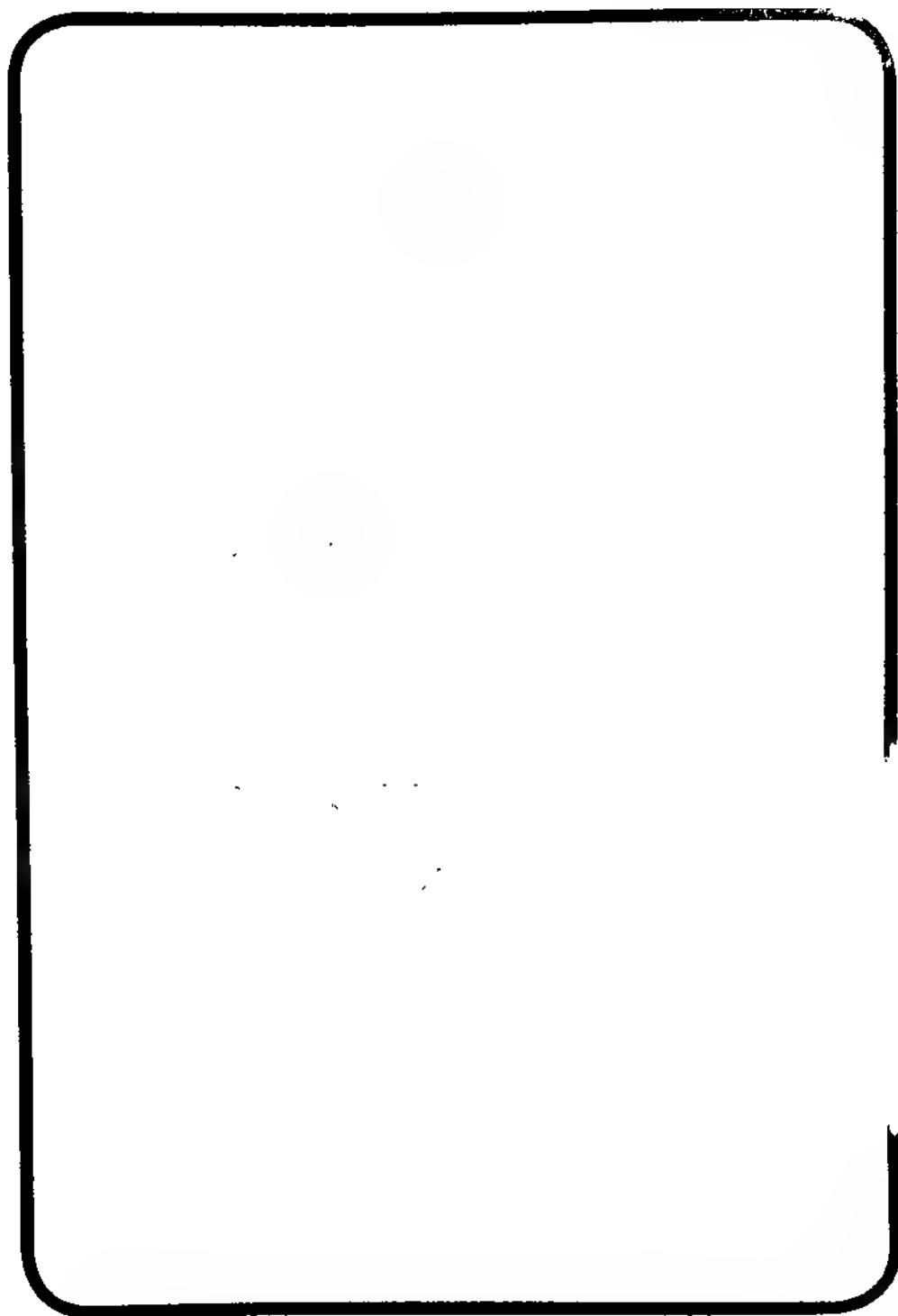


(١) ي (هـ). «وإن أخرجا».



(كِتَابُ الْإِيمَانِ)





(كِتَابُ الْإِيمَانِ)

بفتح الهمزة جمعُ يمين، وهي: تحقيقُ ما لم يجب وقوعه بذكر اسمِ الله^(١) أو غيره على ما سيأتي، وكأنَّ المرادَ بتحقيق ما ذُكر التزامُ تحقيقه ولو بالدلالة على ذلك وإن استحال تحقيقه، فليُتأمل.

(وَالنُّذُورِ) جمعُ نذر.

(لَا يَتَعَقَّدُ الْيَمِينَ) إِلَّا مِنْ بَالِغٍ عَاقِلٍ مُمَيِّزٍ، أَوْ مُتَعَدٍّ بِنَحْوِ سُكْرِهِ، مُخْتَارٍ قَاصِدٍ، فَلَا تَتَعَقَّدُ مِنْ صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ أَوْ نَائِمٍ أَوْ مُغْمَى عَلَيْهِ أَوْ سَكْرَانٍ بغير تعدٍّ، أَوْ مُكْرِهِ، أَوْ غَيْرِ قَاصِدٍ لَهَا كَانَ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَيْهَا.

وَلَا تَتَعَقَّدُ (إِلَّا بِاللهِ) أَي: بِهَذَا الْاسْمِ الشَّرِيفِ الدَّالِّ عَلَى الذَّاتِ الْعَلِيِّ (تَعَالَى) عَمَّا لَا يَلِيقُ بِهِ كـ «وَالله» و«تَالله»^(٢)، (أَوْ بِاسْمٍ مِنْ) بَقِيَّةِ (أَسْمَائِهِ) الْمُخْتَصَّةِ بِهِ كَالرَّحْمَنِ وَالْحَيِّ الَّذِي لَا يَمُوتُ، وَالْإِلَهِ، وَمَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ، وَالَّذِي أَعْبَدُهُ أَوْ أَسْجُدُ لَهُ، وَمَنْ نَفْسِي بِيَدِهِ، وَالَّذِي فَلَقَ الْحَبَّةَ، وَكَذَا مِنْ غَيْرِ الْمُخْتَصَّةِ مِمَّا يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ؛ كَالرَّحِيمِ، وَالرَّبِّ، وَالْخَالِقِ، وَالرَّازِقِ، وَالْقَادِرِ، وَالْحَقِّ، وَالْمُنَكَّبِرِ، وَالْجَبَّارِ، وَالْمُصَوِّرِ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَهُ تَعَالَى، وَكَذَا مِمَّا لَا يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ تَعَالَى عِنْدَ الْإِطْلَاقِ؛ كَالشَّيْءِ، وَالْمَوْجُودِ، وَالْعَالِمِ، وَالْحَيِّ، وَالْعَلِيمِ، وَالْحَكِيمِ، وَالْغَنِيِّ، وَالسَّمِيعِ، وَالْبَصِيرِ إِنْ أَرَادَهُ تَعَالَى بِهِ.

(أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ ذَاتِهِ)؛ كِعِظَمَةِ اللهِ، وَعِزَّةِ اللهِ، وَكِبَرِيَاءِ اللهِ، وَكَلَامِ اللهِ، وَعِلْمِ اللهِ، وَقُدْرَةِ اللهِ، وَمَشِيئَةِ اللهِ، وَإِرَادَةِ اللهِ، نَعَمْ إِنْ نَوَى بِالْعِلْمِ الْمَعْلُومِ أَوْ بِالْقُدْرَةِ الْمَقْدُورِ، أَوْ بِالْبَقِيَّةِ ظُهُورَ آثَارِهَا، أَوْ بِالْكَلَامِ الْحُرُوفِ؛ لَمْ يَكُنْ يَمِينًا.

(١) لفظ الجلالة ليس في (ش)، (ج)، (ن). (٢) في (ج): «وبالله».

وتتعدّد بكتاب الله، وبالتوراة أو الإنجيل، إلا أن يريد ألفاظها، وبالمصحف إلا أن يريد الجلد والورق.

قال الرزكشي^(١): المراد بالصفة التي ورد الشرع بإطلاقها، أمّا ما لم يرد السمع^(٢) به فينبغي أن يكون مبنياً على جواز إطلاقه، والأشعري قال بالمنع، وفصل القاضي أبو بكر وغيره بين ما يؤهم نقصاً فيمتنع وما لا يؤهم فيجوز، ثم قال: من الصفات كونه تعالى أزلياً، وأنه واجب الوجود، وهي كالأزادة على الذات، ومنها السلبية ككونه تعالى ليس بجسم ولا جوهر ولا عرض ولا في جهة، ولم أر فيها شيئاً، والظاهر انعقادها؛ لأنها قديمة متعلقة بالله تعالى انتهى.

وحكى الراغب^(٣) أن بعض الحنفية قال: «لو قال باسم الله لأفعلن»^(٤) كذا فهو يمين، ولو قال: «بصفة الله تعالى» فلا؛ لأن الأول من أيمان الناس، ألا ترى أن القائل يقول: الذي أنزلت من عنده السور.

ثم قال: ولك أن تقول: إذا قلنا: الاسم هو المسمى فالحلف بالله تعالى، وكذا إن جعل الاسم صلة، وإن أراد بالاسم التسمية لم يكن يميناً، وقوله: «بصفة الله» يشبه أن يكون يميناً إلا أن يريد الوصف. انتهى.

وكأنه أراد بالتسمية اللفظ، وبالوصف قول الواصف، ففي «شرح المقاصد» أنهم أي: أصحاب المتكلمين^(٥) يريدون بالتسمية اللفظ، وبالوصف قول الواصف. انتهى.

(١) بعده ياض في (ك)، (ح) بمقدار كلمتين، وكتب في حاشية (هـ). بياض بأصله وفي حاشية (د): «ها بياض ببعض النسخ معزواً للأصل».

(٢) الشرح الكبير ١/٣٥٤.

(٣) في (ح)، (ش)، «الشرع».

(٤) كذا في (ش)، وفي بقية النسخ. «المتكلمون».

(٥) في (ش) «أفعلن».

وخرَجَ بصفاتِ ذاته الصِّفَاتُ الفِعْلِيَّةُ، فلا تنعقدُ بها اليمينُ، وهو ما أطلقه الجمهورُ وجرَمَ به الرَّافِعِيُّ^(١) في خَلْقِ اللهِ ورزقِ اللهِ، قال: وبمثله أجاب الإمامُ في «وإحياءِ اللهِ»، لكن جرَمَ الحَفَافُ في «الخصالِ» بأنَّها أي: صفاتِ الفعلِ تكونُ يمينًا إذا نَوَّاهَا. انتهى.

ولو قال: «إن فعلتُ كذا فأيمانُ البيعةِ لازمةٌ لي» أو «فأيمانُ المسلمين لازمةٌ لي» فإن نَوَى طلاقَ بيعةِ الحَجَّاجِ وعتاقيها انعقدت يمينه بها، وإن نَوَى اليمينَ بالله تعالى أو لم ينو شيئاً لم تنعقد، وكانت البيعةُ في عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ بالمُصَافِحةِ، فلَمَّا وَلِيَ الحَجَّاجُ رَبَّهَا أيمانًا تشتمِلُ على ذِكْرِ اسمِ اللهِ تعالى، وعلى الطَّلَاقِ والإعتاقِ والحجِّ وصدقةِ المالِ^(٢).

وإن حَلَفَ رجلٌ بالله تعالى، فقالَ آخرُ: «يَمِينِي فِي يَمِينِكَ»، أو «يلزمني مثلُ ما يلزمُكَ» لم يلزمه شيءٌ، وإن كان ذلك في الطَّلَاقِ ونَوَى؛ لِزِمَةِ ما لَزِمَ الحَالِفُ.

وخرَجَ باسمِ اللهِ تعالى وصفته: غيرُهما؛ كالتَّبَيِّ والكعبةِ، فلا تنعقدُ اليمينُ به، ويكرهُ كما في «شرحِ مُسلمٍ»^(٣) عن أكثرِ الأصحابِ، وإن نقلَ غيره عن أكثرِ الأصحابِ تبعًا لنَصِّ الشَّافِعِيِّ: الحُرْمَةُ^(٤)، ولو شركَ في حلفه بينَ ما تنعقدُ به وغيره كـ «والله والكعبةِ» فالمتَّحِهُ عندي الانعقادُ، سواءً قصَدَ الحَلِفَ بكلِّ أو أطلقَ، أو بالمجموعِ.

(وَمَنْ حَلَفَ بِصَدَقَةِ مَالِهِ) أو نحوها من القُرْبِ بأن التزمَ ذلك على وجه اللِّجَاجِ والغضبِ بأن قصَدَ بالالتزامِ المنعَ أو الحثَّ أو تحقيقَ الخبرِ؛ كقوله:

(١) «الشرح الكبير» (١٢/٢٤٣).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/٢٥٣).

(٣) «شرح النووي على مسلم» (١١/١٠٦).

(٤) بطر: «روضة الطالبين» (١١/٦).

«إِنْ كَلَّمْتُ زَيْدًا»، أَوْ «إِنْ لَمْ أَكَلِّمْهُ»، أَوْ «إِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَمْرُ كَمَا قُلْتُهُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ» أَوْ «عِتْقُ هَذَا الْعَبْدِ»، أَوْ «صَدَقَةٌ» أَوْ «التَّصَدَّقُ بِكَذَا»، أَوْ «صَوْمٌ» أَوْ «صَوْمٌ كَذَا»، وَيُسَمَّى ذَلِكَ نَذْرَ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ، وَيُقَالُ لَهُ: يَمِينُ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ، وَلِذَا عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ بِالْحَلِيفِ.

(فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ) مَا التَّزَمَهُ مِنَ (الصَّدَقَةِ) أَوْ غَيْرِهَا (وَالْكَفَّارَةِ) أَيِ: كَفَّارَةِ الْيَمِينِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَشْبَهُ النَّذْرَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ التَّزَامُ قُرْبَةً، وَالْيَمِينَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَقْصُودَهُ مَقْصُودُ الْيَمِينِ، وَلَا سَبِيلَ لِلْجَمْعِ بَيْنَ مُوجِبِيهِمَا وَلَا لَتَعْطِيلِهِمَا أَيِ: وَلَا مَرَجَّحَ لَتَغْلِيْبِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ حَتَّى يَتَعَيَّنَ مُوجِبُهُ فَوْجَبَ التَّخْيِيرِ، وَهَذَا مَا رَجَّحَهُ النَّوَوِيُّ^(١)، وَفِي قَوْلِ وَصَحَّحَهُ الرَّافِعِيُّ^(٢) تَتَعَيَّنُ الْكَفَّارَةُ لَخْبَرِ مُسْلِمٍ^(٣): «كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ».

وَلَا كَفَّارَةٌ فِي نَذْرِ التَّبَرُّرِ قَطْعًا، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى نَذْرِ اللَّجَاجِ، وَلِقَوْلِ جَمْعٍ مِنَ الصَّحَابَةِ بِهِ بَلَا مَخَالَفَ لَهُمْ، وَفِي آخَرٍ يَتَعَيَّنُ مَا التَّزَمَهُ؛ لَخَبَرِ: «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ مَا سَمَّى»^(٤)، وَعَلَى الْأَوَّلِ فَإِنْ اخْتَارَ مَا التَّزَمَ فِي صُورَةِ الْعِتْقِ يُجْزئُهُ إِعْتَاقُ عَبْدٍ مَا إِنْ لَمْ يُعَيَّنْ، وَإِعْتَاقُ الْعَبْدِ إِنْ عَيَّنَ وَلَوْ بِغَيْرِ صِفَةِ الْكَفَّارَةِ، وَفِي صُورَةِ الصَّدَقَةِ إِنْ عَيَّنَ لَزِمَهُ مَا عَيَّنَ وَلَا أَقْلٌ مَتَمُولٍ، وَفِي الصَّوْمِ إِنْ عَيَّنَ لَزِمَهُ مَا عَيَّنَ وَلَا فِيَوْمٌ، وَإِنْ اخْتَارَ الْكَفَّارَةَ وَأَرَادَ عِتْقَ الْمُعَيَّنِ اعْتُبِرَ فِيهِ صِفَةُ الْإِجْرَاءِ.

وَلَوْ كَانَ الْمُعَلَّقُ فِي الْحَلِيفِ غَيْرَ قُرْبَةٍ فَعَلَيْهِ بِالْحَنْثِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ؛ لِأَنَّهُ يَشْبَهُ الْيَمِينَ دُونَ النَّذْرِ، فَلَوْ قَالَ: «إِنْ كَلَّمْتُهِ فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَطْلُقَكَ» فَهُوَ كَقَوْلِهِ:

(١) «روضة الطالبين» (٣/ ٢٩٥).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٤٩).

(٣) «صحيح مسلم» (١٦٤٥).

(٤) قال الريلقي في «نصب الراية» (٣/ ٣٠٠). غريب. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٩٢): «لم أجده».

ورواه البيهقي في «معركة السنن والآثار» (١٠٨٧٣) عن الإمام الشافعي.

«إِنْ فَعَلْتُهُ فَوَاللَّهِ لَا طَلْقَ لَكَ»، فَتَلَزَمَهُ الْكُفَّارَةُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْفِعْلِ وَقَبْلَ التَّطْلِيقِ، فَلَوْ قَالَ: «إِنْ فَعَلْتُهُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَكُلَ الْخَبْزَ»، لَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ بِمَوْتِهِ بَعْدَ الْفِعْلِ وَقَبْلَ الْأَكْلِ.

ولو قال: «الْعِتَقُ يَلْزُمُنِي» أو «يَلْزُمُنِي عِتْقُ عَبْدِي فَلَانٍ» أو «وَالْعِتَقُ لَا أَفْعَلُ» أو «لَا فَعَلَنْ»، فَإِنْ لَمْ يَنْوِ تَعْلِيقًا فَهُوَ لَغْوٌ، وَإِنْ نَوَاهُ تَخِيرٌ، فَإِنْ اخْتَارَ الْعِتَقُ أَوْ عِتْقَ الْمُعَيَّنِ أَجْزَأَهُ وَلَوْ بِغَيْرِ صِفَةِ الْكُفَّارَةِ، أَوْ الْكُفَّارَةُ وَأَرَادَ عِتْقَ الْمُعَيَّنِ اعْتَبَرَ صِفَتُهَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ: «إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَبْدِي حُرٌّ» وَفَعَلَهُ فَيَعِتَقُ قِطْعًا كَمَا فِي «الْمَجْمُوع»^(١)؛ لِأَنَّهُ مُحَضَّصٌ تَعْلِيقٍ لَيْسَ فِيهِ التَّزَامُ بِنَحْوِ «عَلَيَّ».

ولو قال: «الْعِتَقُ» أو «عِتْقُ عَبْدِي فَلَانٍ» أو «وَالْعِتَقُ يَلْزُمُنِي مَا فَعَلْتُ كَذَا» فَهُوَ لَغْوٌ؛ لِأَنَّهُ لَا تَعْلِيقَ فِيهِ وَلَا تَزَامَ، وَالْعِتَقُ لَا يُحْلَفُ بِهِ إِلَّا بِأَحَدِ هَذَيْنِ، كَذَا قِيلَ، وَفِيهِ نَظَرٌ، بَلْ يَنْجِهُ اعْتِبَارُهُ إِنْ نَوَى التَّعْلِيقَ عَلَى مَعْنَى: إِنْ كُنْتُ كَذَا فَعَلَيَّ الْعِتَقُ أَوْ عِتْقُ فَلَانٍ؛ لِقَبُولِهِ لِهَذَا الْمَعْنَى فَيَتَخَيَّرُ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(وَلَا شَيْءَ) مِنْ كُفَّارَةٍ أَوْ نَذَرٍ يَلْزَمُ (فِي لَغْوِ الْيَمِينِ) بَأَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى لَفْظِهَا بِلا قَصْدٍ أَوْ قَصْدَ الْحَلْفِ عَلَى شَيْءٍ فَسَبَقَ لِسَانُهُ لغيره، كـ «بلى والله»، و«لا والله» فِي نَحْوِ غَضَبٍ أَوْ صِلَةٍ كَلَامٍ وَلَوْ مَعَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا؛ إِذِ الْغَرَضُ عَدَمُ الْقَصْدِ. (وَمَنْ حَلَفَ) عَلَى (أَلَّا يَفْعَلَ شَيْئًا) عَيْنَهُ (فَفَعَلَ غَيْرَهُ) مِمَّا لَا يَسْمَلُهُ اسْمُهُ وَأَطْلَقَ، كَأَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ مَسْجِدًا أَوْ حَتَمًا، أَوْ لَا يَهَبُ فَأَعَارَ أَوْ أَوْصَى، أَوْ لَا يَتَصَدَّقُ فَوَهَبَ أَوْ أَهْدَى، أَوْ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْبَقَرَةِ فَأَكَلَ مِنْ لَبَنِهَا أَوْ وَلَدِهَا، أَوْ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ فَأَكَلَ مِنْ وَرْقِهَا أَوْ طَرَفِ غُصْنِهَا، أَوْ لَا يَأْكُلُ لَبَنًا فَشَرِبَهُ، أَوْ لَا يَشْرِبُهُ فَأَكَلَهُ بِخَبِيزٍ، أَوْ لَا يَأْكُلُ عَنَبًا مِثْلًا فَشَرِبَ عَصِيرَهُ أَوْ مَصَّهُ

وَرَمَى تَفْلَهُ، أَوْ لَا يَأْكُلُ رُطْبًا فَأَكَلَ تَمْرًا أَوْ بُسْرًا، أَوْ لَا يَأْكُلُ سَمْنًا فَشَرِبَهُ ذَائِبًا، أَوْ أَكَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ لَمْ تَظْهَرْ فِيهَا عَيْنُهُ، أَوْ لَا يَأْكُلُ طَعَامَ زَيْدٍ فَأَكَلَهُ ضِيافَةً، أَوْ لَا أَكَلَهُ هَذَا الصَّبِيِّ فَكَلَّمَهُ بِالْغَا، أَوْ لَا أَكَلَهُ هَذَا الْعَبْدَ فَكَلَّمَهُ بَعْدَ عَتَقِهِ، أَوْ لَا أَكَلَهُ عَبْدَ زَيْدٍ أَوْ زَوْجَتَهُ أَوْ لَا أَدْخَلَ دَارَهُ، فَكَلَّمَهُ الْعَبْدَ أَوْ دَخَلَ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِهِمَا، أَوْ كَلَّمَ الزَّوْجَةَ بَعْدَ طَلَاقِهَا بَائِنًا، أَوْ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ فَدَخَلَ دَارًا يَسْكُنُهَا بِغَيْرِ مِلْكٍ كِلْجَارَةٍ وَإِعَارَةٍ، أَوْ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوبَ فَسَلَّ مِنْهُ خِيطًا ثُمَّ لَبَسَهُ (لَمْ يَحْنُثْ).

بِخِلَافِ مَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ خِيْمَةً أَوْ بَيْتَ شَعْرٍ، أَوْ لَا يَهْبُ فَتَصَدَّقَ أَوْ أَهْدَى وَأَقْبَضَ، أَوْ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْبَقْرَةِ فَأَكَلَ مِنْ لَحْمِهَا، أَوْ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ فَأَكَلَ مِنْ ثَمَرِهَا، أَوْ لَا يَأْكُلُ لَبَنًا فَأَكَلَهُ بِخَبِزٍ، أَوْ لَا يَكَلِّمُ زَوْجَةَ زَيْدٍ فَكَلَّمَهَا بَعْدَ طَلَاقِهَا رَجْعِيًّا، أَوْ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ فَدَخَلَ دَارًا يَمْلِكُهَا وَلَا يَسْكُنُهَا، أَوْ لَا يَذُوقُ كَذَا فَأَدْرَكَ طَعْمَهُ وَإِنْ مَجَّهْ وَلَمْ يَنْزِلْ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَى جَوْفِهِ فَيَحْنُثُ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بَطِيخًا فَأَكَلَ الْهِنْدِيَّ وَهُوَ الْأَخْضَرُ، فَالْأَوْجَهُ الْحِنْثُ فِي هَذِهِ الْأَزْمَانِ.

(وَمَنْ حَلَفَ) عَلَى (أَلَّا يَفْعَلَ شَيْئًا) عَيْتَهُ؛ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزْوِيجِ وَالتَّطْلِيقِ وَالْإِعْتِاقِ وَالضَّرْبِ وَأَطْلَقَ (فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَهُ لَمْ يَحْنُثْ)، فَإِنْ أَرَادَ أَلَّا يَفْعَلَهُ وَلَوْ بِوَكِيلِهِ حِنْثٌ، نَعَمْ لَوْ حَلَفَ أَلَّا يَتَزَوَّجَ أَوْ لَا يُرَاجِعَ حِنْثٌ بِعَقْدٍ وَكَيْلِهِ أَوْ مَرَاجَعَتِهِ، وَمِثْلُهُ فِي الْأَوْجِهِ مَا لَوْ حَلَفَ لَا يُرَدُّ زَوْجَتَهُ الرَّجْعِيَّةَ أَوْ الْبَائِنَ بِخُلْعٍ إِذَا أَرَادَ الرَّدَّ إِلَى نِكَاحِهِ وَلَا حِنْثٌ بِالْفَاسِدِ مِنْ بَيْعٍ وَغَيْرِهِ، نَعَمْ يَحْنُثُ بِفَاسِدِ الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ خَمْرًا أَوْ مُسْتَوْلَدَةً لَمْ يَحْنُثْ بِبَيْعِهِ إِلَّا إِنْ أَرَادَ صَوْرَةَ الْبَيْعِ، أَوْ لَا يَبِيعُ فَاسِدًا فَبَاعَ فَاسِدًا فَوْجِهَانِ:

أحدهما: عدمُ الحنث، وظاهرُ كلامِ الشَّيْخَيْنِ^(١) ترجيحُه، وجزمَ به صاحبُ «الأنوار»^(٢).

والثَّانِي وَرَجَّحَهُ الْإِمَامُ وَهُوَ الْأَوْجَهُ: الْحِنْثُ.

وواضحٌ أَنَّ الْكَلَامَ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، فَإِنْ أَرَادَ صُورَةَ الْبَيْعِ فَلَا تَوَقُّفَ فِي الْحِنْثِ. (وَمَنْ حَلَفَ) عَلَى (أَلَّا يَفْعَلَ أَمْرَيْنِ) عَيْنَهُمَا؛ كَانَ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذَيْنِ الرَّغِيفَيْنِ، أَوْ هَذَا الرَّغِيفَ وَهَذَا الرَّغِيفَ، أَوْ اللَّحْمَ وَالْعِنَبَ، أَوْ لَا يَلْبَسُ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ، أَوْ هَذَا الثَّوْبَ وَهَذَا الثَّوْبَ، أَوْ لَا يَكْلُمُ زَيْدًا وَعَمْرًا (فَفَعَلَ أَحَدَهُمَا) كَانَ أَكَلَ أَحَدَ الرَّغِيفَيْنِ أَوْ أَحَدَهُمَا وَبَعْضَ الْآخَرِ، أَوْ أَكَلَ اللَّحْمَ أَوْ الْعِنَبَ أَوْ أَحَدَهُمَا وَبَعْضَ الْآخَرِ، أَوْ لَبَسَ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ أَوْ لَبَسَهُمَا بَعْدَ قَطْعِ بَعْضِ أَحَدِهِمَا، أَوْ كَلَّمَ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا فَقَطَّ فِي الْجَمِيعِ (لَمْ يَحْنَثْ) وَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَعَادَ فِي يَمِينِهِ حَرْفَ النَّفْيِ؛ كَانَ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذَا وَلَا هَذَا، أَوْ لَا يَكْلُمُ زَيْدًا وَلَا عَمْرًا فَفَعَلَ أَحَدَهُمَا فَيَحْنَثُ، وَلَا تَنْحَلُّ الْيَمِينُ؛ لِأَنَّهُمَا يَمِينَانِ حَتَّى لَوْ فَعَلَ الْآخَرُ لَزِمَهُ كَفَّارَةٌ أُخْرَى.

وَلَوْ حَلَفَ عَلَى فِعْلِ أَمْرَيْنِ كَانَ حَلَفَ لِيَأْكُلَنَّ اللَّحْمَ وَالْعِنَبَ، أَوْ لَأَكْلَمَنَّ زَيْدًا وَعَمْرًا، فَهُوَ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، فَلَا يَكْفِي فِي الْبَرِّ أَحَدُهُمَا عَلَى الْأَوْجِهِ الَّذِي اعْتَمَدَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ، وَإِنْ نَقَلَ الشَّيْخَانِ^(٣) عَنِ الْمُتَوَلَّى خِلَافَهُ، فَقَدْ تَوَقَّفَا فِيهِ.

(وَكَفَّارَةُ الْيَمِينِ) أَيِ: الْحَالِفِ الْحَانِثِ (مُخَيَّرٌ فِيهَا) ابْتِدَاءً (بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ):

(١) «الشرح الكبير» (٣١٠/١٢)، و«روضة الطالبين» (٤٩/١١).

(٢) «الأنوار» للأردبيلي (٦٢٢/٢).

(٣) «الشرح الكبير» (٢٩٣/١٢)، و«روضة الطالبين» (٣٦/١١).

(١) (عِشْقُ رَقِيَّةٍ مُؤْمِنَةٍ) ذِكْرٌ أَوْ أَتْنَى، سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُخَلَّةِ بِالْعَمَلِ أَوْ الْكَسْبِ،

(٢) (أَوْ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ) أَوْ فَقَرَاءُ (كُلِّ مُسْكِينٍ مُدًّا) مِمَّا يُجْزِي فِي الْفِطْرَةِ مِنْ غَالِبِ قُوَّةِ الْبَلَدِ فِي غَالِبِ السَّنَةِ، بَأَنْ يُعْطِيَهُ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ، (أَوْ كِسْوَتُهُمْ ثَوْبًا ثَوْبًا) بَأَنْ يُعْطِيَ كُلَّ وَاحِدٍ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ ثَوْبًا وَلَوْ لِبَيْسًا لَمْ تَذْهَبْ قُوَّتُهُ، أَوْ مُرَقَّعًا لَزِينَةٍ لَا لَيْلَى، لَا جَدِيدَ مَهْلَهْلِ النَّسْجِ بَحَيْثُ لَا يَدُومُ إِلَّا بِقُدْرٍ دَوَامِ الْبَالِي مِنْ صُوفٍ أَوْ قُطْنٍ أَوْ كَتَّانٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ حَرِيرٍ وَلَوْ لِرَجُلٍ لَا يَجُوزُ لَهُ لُبُّهُ.

وَالْمُرَادُ بِهِ مَا يُسَمَّى كِسْوَةً كَقَمِيصٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَمٌّ، أَوْ عِمَامَةٍ وَإِنْ صَغُرَتْ، أَوْ إِزَارٍ أَوْ رَدَاءٍ أَوْ مُقَنَّعَةٍ أَوْ مَنْدِيلٍ يَحْمَلُ فِي الْيَدِ، بِخِلَافِ مَا لَا يُعْتَادُ لُبُّهُ كَالْجُلُودِ وَمَا لَا يُسَمَّى كِسْوَةً؛ كَنَعْلٍ وَخُفٍّ وَقَلَنْسُوَّةٍ وَطَاقِيَّةٍ.

وَلَوْ أُعْطِيَ مُتَنَجِّسًا لَا مَا تُسَجِّ مِنْ مُتَنَجِّسِ الْعَيْنِ كَصُوفٍ مَيْتَةٍ، أَوْ مَا يَصْلُحُ لِلصَّغِيرِ لِلْكَبِيرِ، أَوْ مَا يَصْلُحُ لِلرَّجُلِ لِلْمَرْأَةِ أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ مَا اعْتِيدَ فِي الْبَلَدِ لُبُّهُ لِغَالِبِ النَّاسِ أَوْ نَادِرِهِمْ مِنْ نَحْوِ لَبَدٍ وَفَرَوِيَّةٍ جَارٍ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُعَرَّفَهُمْ بِالْمُتَنَجِّسِ حَتَّى لَا يُصَلُّوا فِيهِ.

(فَلِإِنْ) كَانَ مُحَجَّجًا عَلَيْهِ بِسَفْوَةٍ أَوْ فَلَسٍ، أَوْ (لَمْ يَحْذَ) شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ بَأَنْ عَجَزَ عَنْهَا بِالْوَجْهِ السَّابِقِ فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ؛ كَأَنْ كَانَ رَقِيقًا (فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) وَلَوْ مُتَفَرِّقَةً تَلَزُمُهُ، وَلَوْ غَابَ مَا لَهُ انْتَهَرَهُ وَلَمْ يَصُمْ.



(فَصْلٌ) فِي التَّذْرِ

وهو التَّزَامُ قُرْبَةً غَيْرَ وَاجِبَةٍ عَيْنًا.

(النَّذْرُ يَلْزَمُ) أَي: يُعْتَدُّ بِهِ إِنْ كَانَ (فِي الْمُجَازَاةِ عَلَى مُبَاحٍ) بِأَنْ عَلَّقَ التَّزَامُ الْقُرْبَةَ عَلَى مَا لَيْسَ بِمَعْصِيَةٍ، لَا عَلَى وَجْهِ اللَّجَاجِ فَعَلًّا لَهُ كَانَ أَوْ لَا، (وَ) كَذَا إِنْ كَانَ فِي الْمُجَازَاةِ عَلَى (طَاعَةٍ) بِأَنْ عَلَّقَ التَّزَامُ الْقُرْبَةَ لَا عَلَى وَجْهِ اللَّجَاجِ عَلَى طَاعَةٍ.

(كَقَوْلِهِ: إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي) أَوْ «إِنْ أَكَلْتُ الْخُبْزَ» بِمَعْنَى إِنْ يَسَّرَهُ اللَّهُ لِي فِي الْأَوَّلِ، وَ«إِنْ صَلَّيْتُ الظُّهْرَ» مُرِيدًا إِنْ يَسَّرَهُ اللَّهُ لِي فِي الثَّانِي، (فَلِلَّهِ عَلَيَّ) أَوْ فَعَلَيَّ (أَنْ أَصَلِّيَ أَوْ أَصُومَ أَوْ أَتَصَدَّقَ) أَوْ أَعْتِقَ.

(وَيَلْزَمُهُ^(١) مِنْ ذَلِكَ) الْمَلْتَزِمُ مِنَ الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَالتَّصَدَّقِ وَالْإِعْتَاقِ (مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْإِسْمُ) شَرْعًا عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ رَكْعَتَانِ، وَفِي الصَّوْمِ يَوْمٌ، وَفِي التَّصَدَّقِ أَقْلٌ مُتَمَوِّلٌ، وَفِي الْإِعْتَاقِ رَقَبَةٌ وَإِنْ لَمْ تُجْزِ فِي الْكُفَّارَةِ، فَإِنْ عَيَّنَ فِي شَيْءٍ مِمَّا ذُكِرَ قَدْرًا اتَّبَعَ.

وَيَلْزَمُهُ فِي الصَّوْمِ النَّبِيْتُ، نَعَمْ لَوْ نَذَرَ قَبْلَ الزَّوَالِ صَوْمَ يَوْمِهِ لَزِمَهُ وَصَحَّ صَوْمُهُ، وَفِي الصَّلَاةِ الْقِيَامُ مَعَ الْقُدْرَةِ، وَيَمْتَنِعُ فَعْلُهَا عَلَى الرَّاحِلَةِ، فَإِنْ نَذَرَهَا مِنْ قَعُودٍ، أَوْ نَذَرَ فَعْلُهَا عَلَى الرَّاحِلَةِ؛ جَازَ الْقَعُودُ فِي الْأُولَى، وَإِنْ كَانَ الْقِيَامُ أَفْضَلَ، وَفَعْلُهَا عَلَى الرَّاحِلَةِ فِي الثَّانِيَةِ، وَإِنْ كَانَ فَعْلُهَا عَلَى الْأَرْضِ أَفْضَلَ.

(١) فِي (ج): «وَيَلْزَمُ».

ولو نذر أن يُصلي ركعتين فصلّى أربعاً بتسليم واحد وتشهّد أو تشهدين فطريقان، قال في «المجموع»^(١): أصحهما وبه قطع البعويّ الجواز.

أو أن يُصلي ركعةً أجزأته، أو ركعاتٍ جازت بتسليمتين، فإن صلاها بواحدة أُمِرَ بتشهدين وسجدَ لترك الأولِ منهما للسهر، نعم إن نذر الأربع بتسليمتين لزمّته كما في الاستقصاء في صلاة التطوّع، أو نذر صلاتين لم يُجزئه أربع ركعاتٍ بتسليمه واحدة.

(وَلَا نَذَرَ) يَنْقُذُ (فِي) فَعْلٍ (مَعْصِيَةٍ) كَشْرَبِ خَمْرٍ وَزَنَا وَصَلَاةٍ بِحَدَثٍ، إمّا بأن يلتزمه كـ «لِلَّهِ عَلَيَّ شَرَبُ الْخَمْرِ» إلى آخره، ولا حاجة لاستثناء صحّة نذر الرّاهن المُوَسَّرِ إعتاق المَرهُونِ؛ لأنّ الرّاجعَ عدمُ حرمة، وعلى الحرمة المَرجوحَة فهي لخارج فلا تمنعُ الانعقاد، ولهذا صحّ نذر المدين التّصدّق بما يحتاجه لوفاء دينه وإن حرّم، وكالمعصية المكروه لذاته، أو لازمه؛ كصوم الدّهر بشرطه، وقضية كلام المُصنّف عدم لزوم الكفّارة.

قال الزّركشي: ومحله إذا لم ينو به اليمين كما اقتضاه كلام الرّافعي^(٢) آخرًا، فإن نوى به اليمين لزمته الكفّارة بالحنث^(٣)، وإمّا بأن يعلّق الالتزام عليه.

(كَقَوْلِهِ) لَا عَلَى وَجْهِ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ: (إِنْ قَتَلْتُ فَلَنَا فَلِلَّهِ عَلَيَّ) أَوْ فَعَلَيَّ (كَذَا) كَالْتَّصَدُّقِ بِكَذَا، فإن نوى به اليمين فينبغي أن يجري فيه ما تقدّم عن الزّركشي، وإن قال على وَجْهِ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ تخيّر بين ما التزمه وكفّارة اليمين.

(١) «المجموع شرح المذهب» (٤٦٤/٨).

(٢) «الشرح الكبير» (٣٥٨/١٢).

(٣) ينظر: «أسى المطالب» (٥٧٧/١).

وقد يتوهم مخالفة هذا التفصيل لقولهم: إنَّ نَذْرَ المعصية في الإثبات لا يكون إلَّا لجأجا، وليس كذلك، فليُتأمل.

(وَلَا يَلْزَمُ النَّذْرُ) إِذَا عَقَدَهُ (عَلَى) فِعْلٍ مُبَاحٍ فِي أَصْلِهِ، وَإِنْ نَوَى بِهِ عِبَادَةً كـ «عَلَيَّ أَنْ أَكُلَ اللَّحْمَ» أَوْ «أَشْرَبَ اللَّبَنَ» أَوْ «أَنَامَ»، وَإِنْ نَوَى بِالْأَكْلِ التَّقْوَى عَلَى الْعِبَادَةِ وَبِالنَّوْمِ التَّقْوَى عَلَى التَّهَجُّدِ، أَوْ عَلَى (تَرْكِ مُبَاحٍ) كَذَلِكَ؛ (كَقَوْلِهِ): اللَّهُ عَلَيَّ (لَا أَكُلُ لَحْمًا، وَلَا أَشْرَبُ لَبَنًا، وَمَا أَشْبَهُهُ) أَي: مَا ذُكِرَ كـ «لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ لَا أَنَامَ»، وَلَوْ تَرَكَ الْفِعْلَ فِي الْأَوَّلِ أَوْ آتَى بِهِ فِي الثَّانِي فِي وَجوبِ الْكَفَّارَةِ خِلَافًا، وَالَّذِي صَحَّحَهُ فِي الشَّرْحَيْنِ^(١) وَ«الرَّوْضَةُ»^(٢) وَصَوَّبَهُ فِي «المَجْمُوعِ»^(٣) عَدَمُ الْوَجُوبِ، وَقَالَ فِي «الْمَنْهَاجِ»^(٤) كـ «المُحَرَّرِ»: لَزِمَهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ عَلَى الْمُرْجَحِ. قَالَ فِي «شرحِ الرَّوْضِ»^(٥): وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِمَا مَرَّ مِنْ لَزُومِهَا فِي قَوْلِهِ: «إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَطْلُقَكَ»، وَفِي قَوْلِهِ: «إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَكُلَ الْخُبْزِ»، وَفِي قَوْلِهِ: «لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَدْخُلَ الدَّارَ». انْتَهَى.



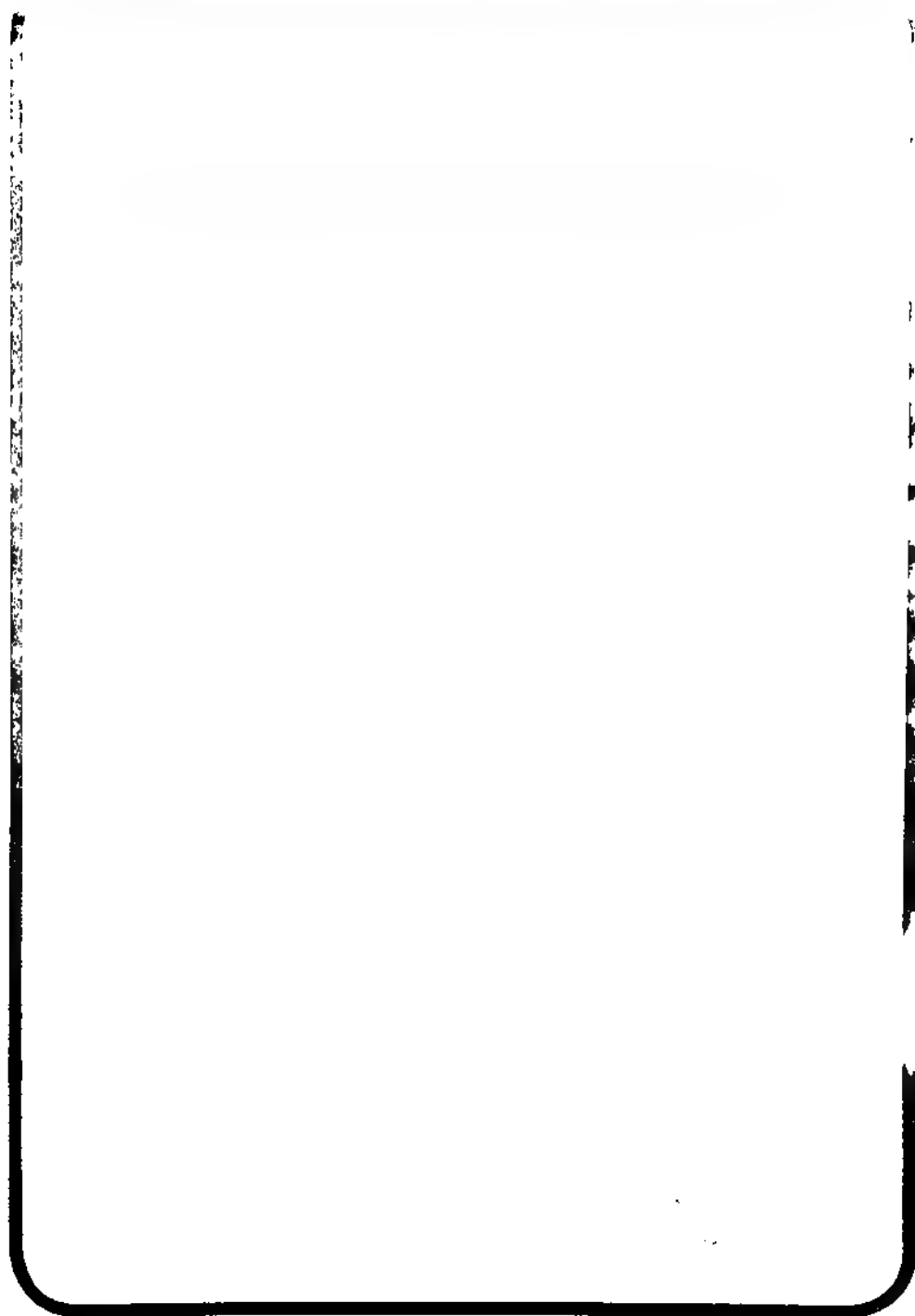
(٢) «روضة الطالبين» (١١ / ٢٠).

(٤) «منهاج الطالبين» (ص ٣٣٣).

(١) «الشرح الكبير» (١٢ / ٢٦٢).

(٣) «المجموع شرح المذهب» (١٨ / ١١٥).

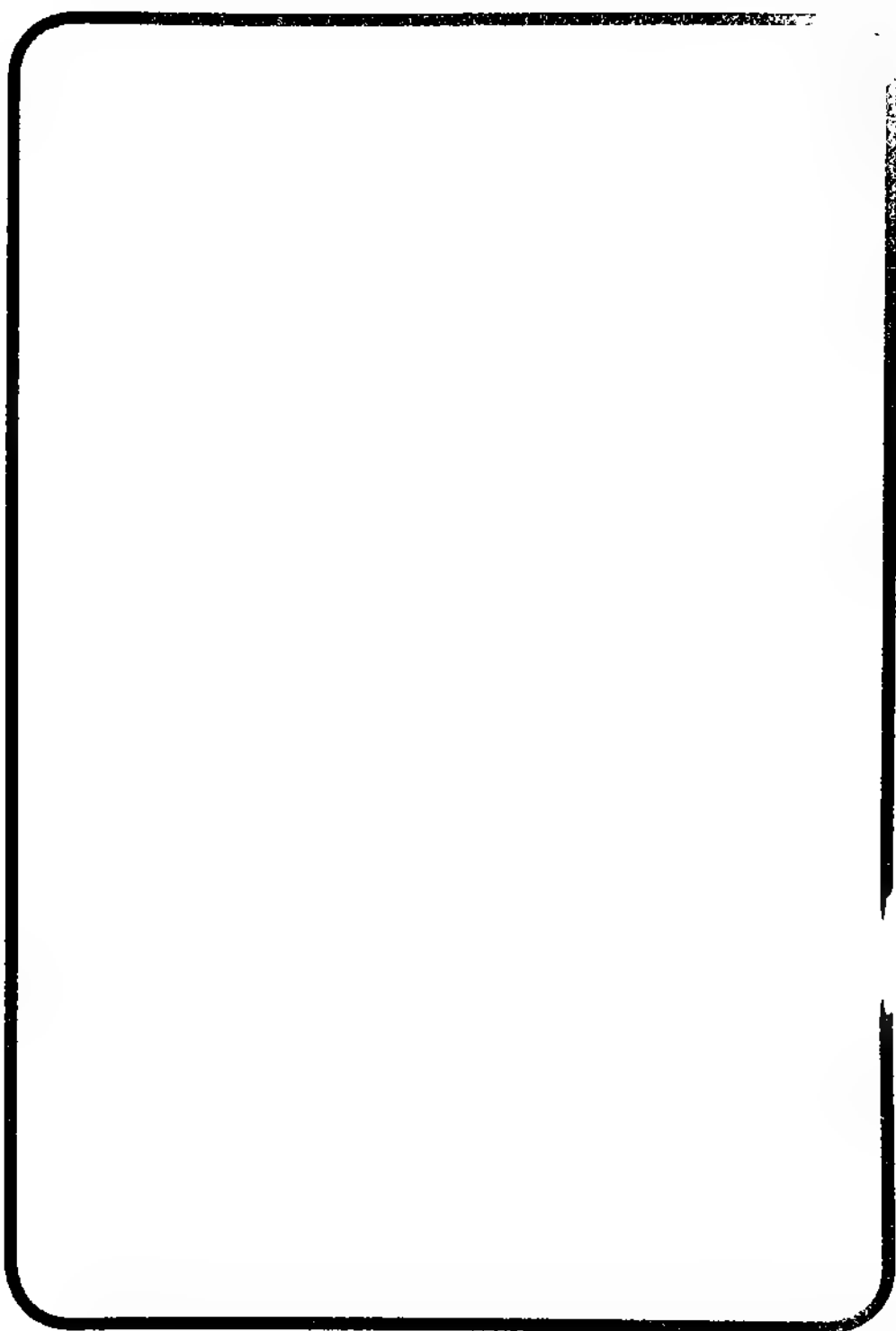
(٥) «أسنى المطالب» (١ / ٥٧٨).





(كِتَابُ الْأَقْضِيَّةِ)





(كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ)

جَمْعُ قَضَاءٍ بِمَعْنَى الْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ، (وَالشَّهَادَاتِ) جَمْعُ شَهَادَةٍ.
(وَلَا يَجُوزُ) وَلَا يَصِحُّ (أَنْ يَلِيَ الْقَضَاءَ) فَلَا يَجُوزُ وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَوْلَاهُ (إِلَّا مَنْ
اسْتَكْمَلَتْ^(١) فِيهِ خَمْسَ عَشْرَةَ خُصْلَةً):

- (١) (الْإِسْلَامُ) فَلَا يَصِحُّ قَضَاءُ الْكَافِرِ وَلَوْ لِمَثْلِهِ.
- (٢-٤) (وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ)^(٢) فَلَا يَصِحُّ قَضَاءُ مَنْ فِيهِ ضِدٌّ^(٣) ذَلِكَ.
- (٥) (وَالذُّكُورَةُ) الْمُحَقَّقَةُ، فَلَا يَصِحُّ قَضَاءُ امْرَأَةٍ وَخُنْتَى.
- (٦) (وَالْعَدَالَةُ) فَلَا يَصِحُّ قَضَاءُ فَاسِقٍ.
- (٧) (وَمَعْرِفَةُ أَحْكَامِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ) بَأَنْ يَعْرِفَ مِنْهُمَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ
وَإِنْ لَمْ يَحْفَظْهُ عَنْ ظَهْرِ قَلْبٍ؛ لِتَوْقُفِ الْجِتْهَادِ الْمُشْتَرَطِ فِيهِ حَتَّى لَا يَصِحَّ تَوَلِيَةُ
جَاهِلٍ وَمَقْلِدٍ عَلَى ذَلِكَ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَأْتِي.

(٨) (وَمَعْرِفَةُ الْإِجْمَاعِ وَالْإِخْتِلَافِ) فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي يَرِيدُ النَّظَرَ فِيهَا؛ لِئَلَّا
يَخَالِفَ الْإِجْمَاعَ، لَكِنْ لَا يُشْتَرَطُ ضَبْطُهُ جَمِيعَ مَوَاضِعِ الْإِجْمَاعِ، بَلْ يَكْفِي أَنْ
يُظَنَّ أَنَّ قَوْلَهُ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ لَا يَخَالِفُ الْإِجْمَاعَ، أَوْ أَنَّهَا لَمْ يَتَكَلَّمْ فِيهَا الْأَوَّلُونَ
بَلْ تَوَلَّدَتْ فِي عَصْرِهِ.

(٩) (وَمَعْرِفَةُ طُرُقِ الْإِجْتِهَادِ) أَيُّ: الْأُمُورِ الَّتِي يَتَوَقَّفُ عَلَى مَعْرِفَتِهَا غَيْرُ مَا
تَقَدَّمَ وَيَأْتِي؛ كَالْعَامِّ وَالْخَاصِّ، وَالْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ، وَالْمُجْمَلِ وَالْمُبَيَّنِّ، وَالنَّصِّ
وَالظَّاهِرِ، وَالنَّاسِخِ وَالْمَنْسُوخِ، وَمُتَوَاتِرِ السُّنَّةِ وَأَحَادِهَا، وَمَتَّصِلِهَا مِنْ مَرْفُوعِهَا،

(٢) بعده في (ع) بياض بمقدار سطر.

(١) في (ج)، (ع): «استكمل».

(٣) في (ش)، (ج): «ورق».

وموقوفها وغير متصلها كمرسلها وحال روايتها قوة وضعفاً. نعم ما تواترت
أهليته روايته أو حكم بها إمام مشهور عرفت^(١) صحة مذهبه في الجرح والتعديل،
أو أجمع السلف على قبوله لا يحتاج إلى البحث عنه، وكالقياس جليته وغيره،
صحيحه وغيره.

(١٠) (و) معرفة (طَرَفٍ مِنْ لِسَانِ الْعَرَبِ) لغةً ونحوًا وصرفًا وبلاغةً، بحيث
يتمكن من فهم مقاصد الكتاب والسنة.

(١١) (و) معرفة طرف من (تفسير كتاب الله تعالى) بأن يتمكن من معرفة
معاني آيات الأحكام منه.

(١٢) (وَأَنْ يَكُونَ سَمِيعًا) أي: ذا سمع وإن كان ثقیل السمع، بخلاف من لا
يسمع بالكلية.

(١٣) (وَأَنْ يَكُونَ (بَصِيرًا) أي: ذا بصير ولو بحيث يميز الصورة ويعرفها إذا
قربت منه، بخلاف غيره كالأعمى، ويشتراط أيضًا كونه ناطقًا، بخلاف الأخرس
وإن فهمت إشارته.

(١٤) (وَأَنْ يَكُونَ (كَاتِبًا) بأن يحسن الكتابة، وهذا وجه، والأصح عدم
اشتراط ذلك، بل يجوز كونه أميًا لا يكتب ولا يحسب ولا يقرأ المكتوب.

(١٥) (وَأَنْ يَكُونَ (مُتَيَقِّظًا) فلا يصح قضاء مغفل، ولا مختل نظر بنحو مريض
أو كير.

(وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْلِسَ) القاضي (فِي وَسْطِ الْبَلَدِ) بفتح السين في الأشهر
ليتساوى الناس في القرب منه، وكان المراد بهذا تساوي كل مع نظيره، فأهل

(١) في (ج) «عرف».

الْأَطْرَافِ يَتَسَاوَوْنَ، وَكَذَا مَنْ يَلِيهِمْ، وَهَكَذَا قَالَ الرَّزْكَانِيُّ، وَكَأَنَّهُ حَيْثُ اتَّسَعَتْ خُطَّتُهُ وَإِلَّا نَزَلَ حَيْثُ تَسَّرَ. قَالَ: وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَوْضِعٌ يَعْتَادُ الْقَضَاءُ التُّزُولَ فِيهِ^(١). انْتَهَى. وَقَدْ يُقَالُ: ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ، وَالْمَعْنَى: أَنَّهُ لَا فَرْقَ حَيْثُ تَسَّرَ الْوَسْطُ.

وَأَنْ يَجْلِسَ (فِي مَوْضِعٍ) وَاسِعٍ مَصُونٍ مِنْ أَدَى نَحْوِ حَرٍّ وَبَرْدٍ وَغُبَارٍ (بَارِزٍ) أَيُّ: ظَاهِرٍ (لِلنَّاسِ)، وَأَنْ يَجْلِسَ عَلَى مُرْتَفَعٍ، وَأَنْ يَتَمَيَّزَ عَنْ غَيْرِهِ بِفَرَاشٍ وَوِسَادَةٍ، وَأَنْ يَكُونَ (لَا حَاجَبَ لَهُ دُونُهُ) أَيُّ: دُونَ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ أَيُّ: يَمْنَعُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهِ فِيهِ أَيُّ: يُكْرَهُ اتِّخَاذُهُ بِلَا حَاجَةٍ، بِخِلَافِ مَا لَوْ احتَاجَهُ لَزُخْمَةٍ أَوْ فِي وَقْتِ خُلُوعٍ.

(وَلَا يَقْعُدُ لِلْقَضَاءِ فِي الْمَسْجِدِ) بِأَنْ يَتَّخِذَهُ لِدَلِّكَ فَيُكْرَهُ، وَإِقَامَةُ الْحَدِّ فِيهِ أَشَدُّ كِرَاهَةً، وَإِنْ اتَّفَقَ حَالُ دَخُولِهِ قَضِيَّةً أَوْ قَضَايَا فَلَا بَأْسَ بِفَضْلِهَا.

(وَيُسَوِّي) وَجُوبًا (بَيْنَ الْخِصْمَيْنِ) وَإِنْ وَكَّلَا أَوْ تَفَاوَتَا فِي الْفَضْلِ (فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ):

(١) (فِي الْمَجْلِسِ) فَلَا يَخْصُ أَحَدَهُمَا بِالْجُلُوسِ وَلَا يَرْفَعُهُ عَلَى الْآخِرِ فِيهِ.
(٢) (وَيُ) فِي (الْلَفْظِ) أَصْلًا وَصِفَةً، فَلَا يَخْصُ أَحَدَهُمَا بِنَحْوِ التَّحَدُّثِ وَالْمِزَاجِ مَعَهُ، أَوْ إِلَانَةِ الْقَوْلِ لَهُ.

(٣) (وَيُ) فِي (الْلَحْظِ) أَيُّ: الْمُلَاحَظَةِ وَالْمُرَاعَاةِ بِوُجُوهِ الْإِكْرَامِ، فَلَا يَخْصُ أَحَدَهُمَا بِنَحْوِ اسْتِمَاعِ كَلَامِهِ، أَوْ النَّظَرِ إِلَيْهِ، أَوْ الْقِيَامِ، أَوْ طَلَاقَةِ الْوُجُوهِ لَهُ، أَوْ إِجَابَةِ سَلَامِهِ، أَوْ الْإِذْنِ فِي دَخُولِهِ، أَوْ فِي التَّقَدُّمِ بِدَخُولِهِ عَلَيْهِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَافِرًا رَفَعَ الْمُسْلِمَ عَلَيْهِ فِي الْمَجْلِسِ.

قَالَ الشَّيْخَانِ^(٢): وَيُشَبَّهُ أَنْ يَجْرِيَ ذَلِكَ فِي سَائِرِ وَجُوهِ الْإِكْرَامِ.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢٩٣/٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٤٩٤/١٢)، و«روضة الطالبين» (١٦١/١١).

قال في «شرح الرّوض»^(١): أي: حتّى في التّقديم بالدّعوى كما بحثه بعضهم، وهو ظاهرٌ إن قلتِ الخصومُ المسلمون، وإلا فالظاهرُ خلافه لكثرة ضررِ التأخير. انتهى.

ورفعُ المسلم في المجلس على سبيلِ الوجوبِ عند الماوردي^(٢) وتبعه البارزي وغيره، وتعبيرُ غيره بالجواز لا ينافيه، لكن لا يخفى أن جريان الوجوب في بقيّة وجوه الإكرام على وجه الإطلاق مستبعد؛ إذ لا وجه لوجوب نحو التّحدّث والمزح معه، ولا لوجوب تخصيصه بدخوله عليه، بل الكلام في جواز تخصيصه به.

(وَلَا يَجُوزُ) للقاضي (أَنْ يَقْبَلَ الْهَدِيَّةَ) مثلاً ممّن له خصومة، أو يريدُ الخصومة، وإن اعتاد الإهداء قبل القضاء، وإن لم يكن من أهل محلّ عمله، وكذا ممّن لا خصومة ولا أراد الخصومة إن كان (مِنْ أَهْلِ مَحَلِّهِ) بأن كان في محلّ ولايته وإن لم يكن من أهل محلّ ولايته ولم يُعهّد ذلك منه قبل القضاء، فإن عُهدَ منه ذلك قبل القضاء ولم يزد فيه على العادة، أو كان الإهداء في غير محلّ ولايته، وإن كان المُهدي من أهل محلّ ولايته جازَ القبول.

ولو أرسلَ الهدية من غير محلّ ولايته ولم يُعهّد منه ولا خصومة له إليه في محلّ ولايته، ففي جواز القبول وجهان، ورجّح بعضهم التّحريم.

ولو أرسلها من في محلّ ولايته كذلك إليه في غير محلّ ولايته، ففي الجواز نظرٌ، ولعلّ القياس التّحريم.

(وَيَجْتَنِبُ) ندباً (الْقَضَاءُ فِي عَشْرَةِ مَوَاضِعَ) فيكره له القضاء فيها وإن نفذ:

(١) «أسى المطالب» (٤/ ٣١٠).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٦/ ٢٧٦).

(١) (عِنْدَ الْغَضَبِ) ولو لله تعالى، كما اقتضاه إطلاقُ الْمُصَنِّفِ والجمهور، وأَطَالَ الْأَذْرَعِيُّ^(١) في ترجيحِهِ، وهو وجيهٌ، ويُؤاَفِقُهُ استغرابُ صاحبِ «البحرِ»^(٢) لما صرَّحَ به الإمامُ والبغويُّ^(٣) وغيرُهما من استثنائه الذي قال البلقينيُّ: إِنَّهُ الْمُعْتَمَدُ، نَعَمْ لَا كَرَاهَةَ قَطْعًا إِذَا دَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى الْحُكْمِ فِي الْحَالِ، وَقَدْ يَتَعَيَّنُ الْحُكْمُ عَلَى الْفَوْرِ فِي صُورٍ كَثِيرَةٍ.

(٢) (و) عِنْدَ (الْجُوعِ) الْمُفْرِطِ.

(٣) (و) عِنْدَ (الْعَطَشِ) الْمُفْرِطِ.

(٤) (و) عِنْدَ (شِدَّةِ الشَّهْوَةِ)،

(٥) (و) عِنْدَ (الْحُزَنِ) الْمُفْرِطِ.

(٦) (و) عِنْدَ (الْفَرَحِ) الْمُفْرِطِ، ومثْلُهُمَا الهمُّ الْمُفْرِطُ.

(٧) (وَعِنْدَ الْمَرَضِ) الْمُؤْلِمِ.

(٨) (و) عِنْدَ (مُدَافَعَةِ الْأَخْبَتَيْنِ) الْبَوْلِ وَالْغَائِطِ، ومثْلُهُمَا مَدَافَعَةُ الرِّيحِ كما هو ظاهرٌ.

(٩) (وَعِنْدَ) غَلَبَةِ (النَّعَاسِ).

(١٠) (و) عِنْدَ (شِدَّةِ الْحَرِّ، وَ) عِنْدَ شِدَّةِ (الْبَرْدِ)، وفي كُلِّ حَالٍ يُغَيِّرُ الْخُلُقَ.

(و) إِذَا حَضَرَ الْخِصْمَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْقَاضِيِ فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ حَتَّى يَتَكَلَّمَ، وَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لِيَتَكَلَّمَ الْمُدَّعِي مِنْكُمَا.

قال الشَّيْخَانِ^(٤): وَأَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي إِذَا عَرَفَهُ تَكَلَّمَ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يَتَوَلَّى هَذَا الْقَوْلَ الْأَمِينُ الْوَاقِفُ عَلَى رَأْسِهِ أَوْ بَيْنَ يَدَيْهِ.

(٢) «بحر المذهب» (١١ / ٧٤).

(١) «قوت المحتاج» (١١ / ١٦١).

(٣) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٨ / ١٧٣).

(٤) «الشرح الكبير» (١٢ / ٤٩٥)، و«روضة الطالبيين» (١١ / ١٦٢).

و(لا يسأل) القاضي (المُدَّعى عَلَيْهِ) أي: لا ينبغي أن يسأله الجواب (إِلَّا بَعْدَ كَمَالِ الدَّعْوَى) الصَّحِيحَةِ مِنَ الْمُدَّعِي، فحينئذ يسأله الجواب بنحو: «اخرج من دَعْوَاهُ» وإن لم يسأله المُدَّعي فَإِنْ أَقَرَّ لِرَمِّهِ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ غَيْرِ احتِجَاجٍ لِحُكْمٍ بخلافِ الْبَيِّنَةِ، ولِلْمُدَّعِي أَنْ يَطْلُبَ مِنَ الْقَاضِي الْحُكْمَ عَلَيْهِ فِيحْكُمُ؛ كَأَنْ يَقُولَ لَهُ: «اخرج من حقِّه» أو «كَلَّفْتُكَ الْخُرُوجَ مِنْ حَقِّهِ» أو «الزَّمْتُكَ بِهِ»، ولو كانت صورة الإقرارِ مختلفًا فيها احتِجَجَ لِلْحُكْمِ كما بحثه الْبَلْقِينِيُّ، فليُتَأَمَّل.

ولا يحكمُ حتَّى يطالبه المدَّعي؛ لأنَّ الحكمَ حقُّه، فيتوقَّفُ^(١) على إذنه، وإن أنكرَ فللقاضي أن يقولَ لِلْمُدَّعِي: «أَلَمْ يَبْنِ أَوْ شَاهَدَ مَعَ يَمِينِكَ؟» حيثُ ثَبَتَ الْحُكْمُ بهما، أو «تَحَلَّفْتَ» إِنْ كَانَتِ الْيَمِينُ فِي جَانِبِهِ، وَالْأُولَى أَنْ يَسْكُتَ عَنْ ذَلِكَ، نَعَمْ إِنْ جَهِلَ الْمُدَّعِي أَنَّ لَهُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ وَجَبَ إِعْلَامُهُ كَمَا أَفْهَمَهُ كَلَامُ «الْمَهْدَبِ»^(٢) وَغَيْرِهِ، وَقَالَ الْبَلْقِينِيُّ: إِنْ عَلِمَ عِلْمَهُ بِذَلِكَ فَالسُّكُوتُ أَوْلَى، وَإِنْ شَكَّ فَالْقَوْلُ أَوْلَى، وَإِنْ عَلِمَ جَهْلَهُ بِهِ وَجَبَ إِعْلَامُهُ. فَإِنْ قَالَ: «لِي بَيِّنَةٌ» وَأَقَامَهَا سَمِعَهَا الْقَاضِي وَحَكَمَ بِهَا كَمَا سَيَأْتِي، وَإِنْ قَالَ: «أُرِيدُ تَحْلِفَهُ» وَلَوْ مَعَ قَوْلِهِ: «لِي بَيِّنَةٌ» فَلَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ حَلَفَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي عَلَى مَا سَيَأْتِي.

(و) لَكِنْ (لَا يُحَلِّفُهُ) الْقَاضِي (إِلَّا بَعْدَ سُؤَالِ الْمُدَّعِي) تَحْلِفُهُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْيَمِينِ لَهُ، فَاحْتِجَجَ لِإِذْنِهِ، فَإِنْ حَلَفَ قَبْلَ سُؤَالِهِ لَمْ يَعْتَدَ بِهِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَهُ بَعْدَ تَحْلِفِهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ وَالشَّاهِدِ مَعَ الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ: «لَا بَيِّنَةٌ لِي» وَأَطْلَقَ، أَوْ زَادَ «لَا حَاضِرَةٌ وَلَا غَائِبَةٌ»، أَوْ «كُلُّ بَيِّنَةٍ أَقِيمُهَا بَاطِلَةٌ أَوْ كَاذِبَةٌ أَوْ زُورٌ»، ثُمَّ أَتَى بِبَيِّنَةٍ قُبِلَتْ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا لَمْ يَعْرِفْ، أَوْ نَسِيَ ثُمَّ عَرَفَ أَوْ تَذَكَّرَ، وَلَوْ قَالَ: «شُهُودِي فَسَقَةٌ أَوْ عَيْدٌ» ثُمَّ جَاءَ بِعُدُولٍ فَإِنْ مَضَتْ مَدَّةُ اسْتِبْرَاءٍ أَوْ عَتَقَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ، وَإِلَّا فَلَا.

(٢) «المهدب في فقه الإمام الشافعي» (٣/ ٣٩٥).

(١) في (شر). «فيتوقف الحكم».

(وَلَا يُلْقَنُ خَصْمًا) مَدْعِيًا أَوْ مَدْعَى عَلَيْهِ (حُجَّةً) لَهُ بِأَنْ يَضُرَّ الْآخَرَ؛ كَأَنْ يَقُولَ: قُلْ كَذَا، (وَلَا يَفْهَمُهُ كَلَامًا) يَضُرُّ الْآخَرَ؛ كَأَنْ يَقْصِدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْإِقْرَارَ، فَيُعَرِّضُ لَهُ بِالْإِنْكَارِ أَوْ بِقَصْدِ النُّكُولِ فَيَجْرُثُهُ عَلَى الْيَمِينِ.

نَعَمْ أَطْلَقَ الشَّيْخَانِ^(١) خِلَافًا فِيمَا لَوْ عَلِمَ الْمُدَّعِي كَيْفَ تَصَحُّ الدَّعْوَى، وَجَزَمَ فِي «الرَّوْضِ»^(٢) بِالْجَوَازِ.

قَالَ فِي «شَرْحِهِ»^(٣): لَكِنِ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ «التَّنْبِيهِ»، وَأَقَرَّهُ عَلَيْهِ النَّوَوِيُّ، وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ «الْأَنْوَارِ»، وَقَالَ الرُّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُ: إِنَّهُ الْمَذْهَبُ «عَدَمُ الْجَوَازِ»، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَهُ احْتِجَاجُهُ.

وَلَوْ قَالَ لَهُ: «اسْتَعِنْ بِمَنْ يَنْوُبُ عَنْكَ» فَإِنْ أَرَادَ فِي الْإِحْتِجَاجِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ أَرَادَ فِي تَحْقِيقِ الدَّعْوَى جَازًا، قَالَهُ الْمَآوَزِيُّ^(٤).

وَلَا يُعَيَّنُ لَهُ مَنْ يَسْتَعِينُ بِهِ، وَلَا يَذُبُّ عَنْ أَحَدِهِمَا مَا لَزِمَهُ، وَأَنْ يَشْفَعَ لِأَحَدِهِمَا عِنْدَ الْآخَرِ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَسْأَلَ الْمُدَّعِي عَنْ قَبْضِهِ الدَّرَاهِمَ الْمُدَّاعَاةَ، وَيُنْذِبُ لَهُ نَذْبَهُمَا إِلَى صَلَاحٍ يُرْجَى، وَيُؤَخِّرُ لَهُ الْحُكْمَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ بِرِضَاهُمَا لَا بَغْيِهِ.

(وَلَا يَتَعَنَّتْ بِالشُّهَدَاءِ) بِزِيَادَةِ الْبَاءِ أَيِ: لَا يُشَدَّدُ عَلَيْهِمْ؛ كَأَنْ يَقُولَ لَهُمْ: «لَمْ تَشْهَدُونِ» وَ«مَا هَذِهِ الشَّهَادَةُ؟».

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَنَّتَ الشَّاهِدُ^(٥).

(١) «الشَّارْحُ الْكَبِيرُ» (١٢/٤٩٤-٤٩٥)، وَ«رُوضَةُ الطَّالِبِينَ» (١١/١٦١-١٦٢).

(٢) «رُوضُ الطَّالِبِ» (٢/٧٧٠). (٣) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٤/٣١٠).

(٤) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (١٦/٢٧٨). (٥) فِي (ش) «عَلَى الشَّاهِدِ». وَفِي (ن): «لِلشَّاهِدِ».

قال الماوردي^(١): وهو من ثلاثة أوجه:

الأول: أن يظهر التكبر عليه والاستهزاء به، وهو ظاهر السر وأفر العقل.

والثاني: أن يسأله من أين علمت هذا؟ وكيف تحمّلت؟ ولعلك سهوت.

والثالث: أن يتبعه في الفاظه ويُعارضه؛ لأن فيه ميلاً إلى المشهود له وإفضاء إلى ترك الشهادة، ولا يجوز أن يصرخ على الشاهد ولا يتهره.

(ولا تُقبل الشهادة إلا ممن ثبتت عدالته) وإن رضي الخصم بغيره، فإن علم القاضي عدالة الشهود عمل بعلمه ولم يحتج لتزكيّتهم وإن طلبها الخصم، نعم لا يعمل بعلمه في أصله وفزعه لعدم قبول تزكيّته لهما، وإلا وجب عليه طلب تزكيّتهم.

وإن اعترف الخصم بعد التهم ولو كان المدعى به عين مال فطلب المدعي أو رأى الحاكم انتزاعه وجعله مع عدل إلى التزكية أجيب، فإن تلفت مع العدل لم يضمن هو ولا القاضي، بل المدعى^(٢) عليه إن ثبتت للمدعي لا عكسه، وليس للقاضي جعلها مع المدعي، فإن فعل فتلفت عنده ثم ثبت له لم يضمنها المدعى عليه، وإن كان ديناً لم يستوف قبل التزكية، فلو طلب المدعي الحَجَرَ قبلها لم يجب إليه، وإن كان يتهمه بحيلة؛ لأن ضرر الحَجَر في غير المشهود به عظيم، وقضيته كما في «شرح الرّوضي»^(٣) أنه يُجيبه إلى الحَجَر في المشهود به وحده، قال الرّزكشي: وينبغي أن يُستثنى ما لو كان الحق لصبي أو مجنون أو محجور عليه بسقه، ولهذا قالوا في الفلّس: إن الحاكم يحجر لمصلحتهم بلا التماس.

(٢) في (ج)، (ش)، (ن) «إن المدعى».

(١) «الحاوي الكبير» (١٦/٢٧٧).

(٣) «أسى المطالب» (٤/٣٦٣).

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ عَدُوٍّ عَلَى عَدُوِّهِ) وَهُوَ مَنْ يَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ، وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ، وَيَحْزَنُ بِمَسَرَّتِهِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ أَحَدِهِمَا فَيَخْتَصُّ بِرَدِّ شَهَادَتِهِ عَلَى الْآخَرِ، وَقَدْ تُفْضِي الْعَدَاوَةُ إِلَى الْفَسْقِ فَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ مُطْلَقًا.

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى قَاذِفِهِ وَلَوْ قَبْلَ طَلَبِ الْحَدِّ لظهورِ الْعَدَاوَةِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ فَقَذَفَهُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ لَمْ يُؤْثَرْ فِيحْكُمُهَا الْحَاكِمُ، وَلَوْ عَادَى مَنْ سَيَشْهَدُ عَلَيْهِ وَبَالَغَ فِي خِصَامِهِ وَلَمْ يَجِبْهُ ثُمَّ شَهِدَ عَلَيْهِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ؛ لِئَلَّا يَتَّخِذَ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى رَدِّهَا، أَمَّا شَهَادَةُ الْعَدُوِّ لِعَدُوِّهِ فَمَقْبُولَةٌ.

(وَلَا) تُقْبَلُ (شَهَادَةُ وَالِدٍ) وَإِنْ عَلَا (لِوَلَدِهِ) وَإِنْ سَفَلَ، (وَلَا) شَهَادَةُ (وَلَدٍ) وَإِنْ سَفَلَ (لِوَالِدِهِ) وَإِنْ عَلَا، نَعَمْ لَوْ ادَّعَى السُّلْطَانُ عَلَى شَخْصٍ بِمَالٍ لِبَيْتِ الْمَالِ فَشَهِدَ لَهُ بِهِ أَصْلُهُ أَوْ فَرْعُهُ قُبِلَتْ كَمَا قَالَه الْمَآوَزِيُّ؛ لَعُمُومِ الْمُدَّعَى بِهِ، وَقَضِيَّةُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ لِأَحَدِ ابْنَيْهِ عَلَى الْآخَرِ لَمْ تُقْبَلْ، وَبِهِ جَزَمَ الْغَزَالِيُّ، لَكِنْ جَزَمَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ بِقَبُولِهَا^(١)، وَبِهِ أَقْتَى ابْنُ الْجُمَيْزِيِّ^(٢)؛ لِأَنَّ الْوَازِعَ الطَّبْعِيَّ قَدْ تَعَارَضَ فَضَعُفَتِ التَّهْمَةُ الْمُعَارِضَةُ.

وَاعْلَمْ أَنَّهُ يَجُوزُ الدَّعْوَى عَلَى الْغَائِبِ، وَقَضَاءُ الْقَاضِي عَلَيْهِ فِي كُلِّ مَا لَيْسَ عَقُوبَةً لِلَّهِ تَعَالَى وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَا يَتَّهِمُ، بِشَرْطِ أَلَّا يَدَّعِيَ الْمُدَّعَى إِقْرَارَهُ، وَأَنْ يَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ وَلَوْ شَاهِدًا وَبَيِّنَاتٍ فِيمَا يَثْبُتُ بِهِمَا، وَأَنْ يَحْلِفَ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَتَعْدِيلِهَا أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ فِيمَا إِذَا ادَّعَى دَيْنًا، فَإِنْ ادَّعَى غَيْرَهُ كَعَيْنٍ حَلَفَ عَلَى مَا يَلِيقُ بِذَلِكَ، وَكَالْبَيِّنَةِ عَلَّمَ الْقَاضِي دُونَ الْإِقْرَارِ وَالْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ لَتَعْدُرِهُمَا هُنَا.

(١) فوقه في (ع). «ضعيف»

(٢) «أسنى المطالب» (٤/ ٣٥١).

وحيث ثبتَ المالُ على الغائبِ وحكمَ به القاضي، فإن كان للغائبِ مالٌ حاضرٌ أو دينٌ ثابتٌ على حاضرٍ وفاءً القاضي منه إذا طلبه المدعي، وإن لم يكن له مالٌ حاضرٌ أو لم يحكم وسأل المدعي إنهاء الحال إلى قاضي بلد الغائب، وجبَ إجابته فيكتبُ إليه كتابًا ينهي فيه سماعَ البيّنة ليحكمَ بها بعد تعديلها إن لم يعدلها الكاتبُ، ثم يستوفي الحقَّ أو ينهي الحكمَ إن حكمَ ليستوفي الحقَّ، ويذكرُ في الكتابِ ما يتميِّزُ به المشهودُ عليه والمشهودُ له أو المحكومُ عليه والمحكومُ له من اسمٍ ونسبٍ وصفةٍ وحليةٍ، وأسماءَ الشهودِ وتاريخه، والمتَّجِه جوازُ إنهاءِ سماعِ شاهدٍ واحدٍ ليضمَّ إليه المكتوبَ إليه آخرًا ويمينَ المدعي ويحكمَ له، وكذا إنهاءُ عليه كما قاله السرخسيُّ واعتمده البلقينيُّ؛ لأنَّ علمه كقيامِ البيّنة، وخالفَ صاحبُ «العدّة» لأنّه الآن شاهدٌ لا قاضي، ولا بدَّ من شاهدينِ على ما ينهيهِ عندَ المكتوبِ إليه كما قال.

(وَلَا يَقْبَلُ كِتَابُ قَاضٍ إِلَى قَاضٍ فِي الْأَحْكَامِ) أي: في أحكامه أو الثبوتِ عنده (إِلَّا بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) ذكرينِ عدلينِ، فلا يكفي غيرُ رجلينِ ولو في مالٍ فيقرؤه الكاتبُ أو غيره بحضرته، ويقولُ: «أشهدُكما أنّي كتبتُ إلى فلانٍ بما فيه»، ولا يكفي «أشهدُكما أنّ هذا خطّي» أو «أنَّ ما فيه حُكْمِي».

ويخرجانِ معه (بِشَهَادَتَيْنِ) عندَ المكتوبِ إليه (بِمَا فِيهِ) بعدَ حضورِ الخصمِ؛ لأنَّ الاعتمادَ عليهما حتّى لو خالفاه أو ضاعَ أو انمَحَى ما فيه فالعبرةُ بهما، والكتابُ إنّما هو سُنَّةٌ ليتذكَّرا به، ولو كتَبَ لمُعَيَّنٍ فشهدَ الشاهدانِ عندَ غيره أمّضاه؛ لأنَّ الاعتمادَ على الشَّهادة.



(فَصْلٌ) فِي الْقِسْمَةِ

وهي تَمْيِيزُ بَعْضِ الْحِصَصِ مِنْ بَعْضٍ.

(وَيَفْتَقِرُ الْقَاسِمُ) إِنْ كَانَ هُوَ الْإِمَامُ، أَوْ مَنْصُوبُهُ، أَوْ مُحَكَّمُ الشَّرَكَاءِ فِي صَحَّةِ كَوْنِهِ قَاسِمًا (إِلَى سَبْعَةِ شَرَائِطَ) جُمِعُ شَرِيطَةٍ بِمَعْنَى خِصْلَةٍ مُشْرُوطَةٍ: (الْإِسْلَامُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالذُّكُورِيَّةُ، وَالْعَدَالَةُ) وَقَوْلُهُ: (وَالْحِسَابُ) أَي: مَعْرِفَةُ الْحِسَابِ الشَّامِلِ لِمَعْرِفَةِ الْمَسَاحَةِ؛ لِأَنَّهَا قِسْمٌ مِنَ الْحِسَابِ، مُحَلُّهُ إِنْ نَصَبَ لِلْقِسْمَةِ مُطْلَقًا أَوْ لِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَكَذَا يَفْتَقِرُ إِلَى بَقِيَّةٍ مَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ قَبُولُ الشَّهَادَةِ، مِنْ نَحْوِ ضَبْطٍ وَنُطْقٍ وَسَمْعٍ وَبَصَرٍ؛ لِأَنَّ نَصْبَهُ لَذَلِكَ وَلايَةً، وَفِيهَا الْإِزَامُ كَالْقَضَاءِ.

(فَإِنْ تَرَاضَيَا) الْكَامِلَانِ، أَوْ الشَّرَكَاءُ الْكَامِلُونَ، وَأَبْدَلَ مِنَ الْأَلْفِ قَوْلَهُ: (الشَّرِيكَانِ) أَي: أَنْ يَقْسِمَا بَأَنْفُسِهِمَا، أَوْ يَقْتَسِمُونَ بَأَنْفُسِهِمْ، جَازَ ذَلِكَ، وَإِنْ تَرَاضَيَا أَوْ تَرَاضَوْا (بِمَنْ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا) أَوْ بَيْنَهُمْ جَازَ ذَلِكَ أَيْضًا، (وَلَمْ يَفْتَقِرِ) الْقَاسِمُ حِينَئِذٍ (إِلَى ذَلِكَ) الْمَذْكُورِ مِنَ الشَّرَائِطِ الْمَذْكُورَةِ، بَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّكْلِيفِ فَقَطْ؛ لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ عَنْهُمْ، فَيَجُوزُ كَوْنُهُ رَقِيقًا وَامْرَأَةً وَفَاسِقًا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فَيَفْتَقِرُ إِلَى مَا ذَكَرَ.

وَعَلَى الْإِمَامِ حَيْثُ لَمْ يَحْذُ مَتَبَّرَعًا وَاتَّسَعَ بَيْتُ الْمَالِ نَصَبُ قَاسِمٍ فَأَكْثَرُ فِي كُلِّ مُحَلٍّ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ، وَيَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ، فَإِنْ وَجَدَ مَتَبَّرَعًا أَوْ تَعَذَّرَ بَيْتُ الْمَالِ لَضَيْقِهِ أَوْ غَيْرِهِ لَمْ يَنْصَبْ أَحَدًا إِلَّا إِنْ سَأَلَ الشَّرَكَاءُ أَوْ بَعْضُهُمْ، وَأَجْرُهُ عَلَيْهِمْ حِينَئِذٍ، وَإِنْ أَكْثَرُوا قَاسِمًا وَعَيْنَ كُلِّ قَدَرًا لَزِمَهُ، وَإِنْ أَطْلَقُوا الْمُسَمَّى وَرَّعَ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ الْحِصَصِ الْمَأْخُودَةِ.

(وَإِنْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ تَقْوِيمٌ) فَإِنْ لَمْ يَجْعَلِ الْإِمَامُ الْقَاسِمَ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ (لَمْ يُقْتَصَرَ) بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ (فِيهِ) أَي: فِي التَّقْوِيمِ بِاعْتِبَارِ الْمُقَوِّمِ (عَلَى أَقَلِّ مِنْ) مُقَوِّمَيْنِ (اِثْنَيْنِ) يَقْسِمَانِ بَأَنْفُسِهِمَا لِأَشْرَاطِ الْعَدَدِ فِي الْمُقَوِّمِ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ شَهَادَةٌ بِالْقِيَمَةِ، وَمِنْهُ يُعْلَمُ أَنَّ اعْتِبَارَ الْعَدَدِ لِأَجْلِ التَّقْوِيمِ لَا الْقِسْمَةَ، إِذْ يَكْفِي فِيهَا الْوَاحِدُ، وَإِنْ جَعَلَهُ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ عَمِلَ فِيهِ بِقَوْلِ ذَكْرَيْنِ عَدْلَيْنِ يَشْهَدَانِ عِنْدَهُ، وَقَسَمَ بِنَفْسِهِ، وَلَهُ الْعَمَلُ بِعِلْمِهِ إِنْ أَحْسَنَ التَّقْوِيمَ.

(وَإِذَا دَعَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ) مَثَلًا أَوْ وَلِيَّهُ إِنْ كَانَتْ غِبْطَةُ مَوْلِيهِ فِي الْقِسْمَةِ بَلْ عَلَيْهِ طَلِبُهَا حِينَئِذٍ، وَإِلَّا امْتَنَعَ طَلِبُهَا (شَرِيكُهُ) أَوْ وَلِيَّهُ (إِلَى قِسْمَةٍ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ) أَي: فِي قِسْمَتِهِ، وَكَانَ حِصَّةُ الدَّاعِي تَصْلُحُ لِمَا يُقْصَدُ مِنْ ذَلِكَ الْمَقْسُومِ وَإِنْ لَمْ تَصْلُحْ حِصَّةُ الْمَدْعُو^(١) لَذَلِكَ (لَزِمَ الْآخَرُ) وَهُوَ الشَّرِيكُ الْمَدْعُو أَوْ الْوَلِيُّ الْمَدْعُو وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِمَوْلِيهِ فِيهَا غِبْطَةٌ (إِجَابَتُهُ) حَتَّى تَلْزِمَ الْأَجْرَةَ فِي مَالِ الْمَوْلَى وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا غِبْطَةٌ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَتْ حِصَّةُ الدَّاعِي لَا تَصْلُحُ لِمَا ذُكِرَ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ حِصَّةٌ مِنْ دَارٍ لَا تَصْلُحُ لِلسُّكْنَى أَوْ مِنْ حِمَامٍ لَا تَصْلُحُ لِكُونِهَا حِمَامًا، فَلَا يَلْزِمُ الْآخَرَ إِجَابَتُهُ.

وَخَرَجَ بِمَا لَا ضَرَرَ فِي قِسْمَتِهِ: مَا فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ، فَإِنْ بَطَلَ نَفْعُهُ بِالْقِسْمَةِ كَنَفِيسِ الْجَوَاهِرِ وَالثِّيَابِ لَمْ يَجِبِ الْحَاكِمُ إِلَيْهَا وَيَمْنَعُهَا إِنْ تَوَلَّيَاهَا، وَإِلَّا كَسِيفٍ يُكْسَرُ لَمْ يَجِبْهُمَا إِلَيْهَا وَلَا يَمْنَعُهَا مِنْهَا.



(١) ي (ش)، (ح)، وهامش (ع) وفوقه نحد «المدكور».

(فَصْلُ)

فِي أَحْكَامِ تَتَلَقُّ بِالدَّعْوَى

(وَإِذَا كَانَ مَعَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ) تَثْبُتُ مَدَّعَاهُ أَوْ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ كَذَلِكَ (سَمِعَهَا الْحَاكِمُ) أَي: أَضْعَى إِلَيْهَا (وَحَكَمَ لَهُ) بِسْؤَالِهِ (بِهَا) بَعْدَ ثُبُوتِ عَدَالَتِهَا بِالتَّرْكِيزِ أَوْ بَعْلُوهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَهُ الْحُكْمُ بِسْؤَالِهِ عَقِبَ ثُبُوتِ الْعَدَالَةِ، لَكِنِ الْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هَلْ لَكَ دَافِعٌ فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ غَيْرِهَا وَمَهْلَةٌ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَأَقُلْ إِنْ طَلَبَ ذَلِكَ.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ) وَلَا شَاهِدٌ وَيَمِينٌ (فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ) بَعْدَ طَلَبِ خُضْمِهِ وَتَحْلِيفِ الْقَاضِي، فَيُلْغُو قَبْلَ طَلَبِ الْخُضْمِ، أَوْ تَحْلِيفِ الْقَاضِي وَتَكُونُ الْيَمِينُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ، حَتَّى لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ مَالٌ مُضَافٌ إِلَى سَبَبٍ كـ «أَقْرَضْتُكَ كَذَا» فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ حَلَفَ كَذَلِكَ، أَوْ بـ «لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا» أَوْ «لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُ شَيْءٍ» حَلَفَ كَذَلِكَ، وَلَا يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِنَفْيِ السَّبَبِ، فَإِنْ تَعَرَّضَ لَهُ جَازَ، وَمَحَلُّ تَحْلِيفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَا لَمْ يَبْرُثْهُ الْمُدَّعَى مِنَ الْيَمِينِ، وَإِلَّا لَمْ يَحْلِفْهُ إِلَّا بِتَجْدِيدِ دَعْوَى لِسُقُوطِ حَقِّهِ مِنْهَا فِي الدَّعْوَى الْأُولَى.

(فَإِنْ) حَلَفَ انْقَطَعَتِ الْخُصُومَةُ فِي الْحَالِ لَا مُطْلَقًا، فَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى بَعْدَ الْحَلْفِ حُجَّةً وَلَوْ شَاهِدًا وَيَمِينًا حُكِمَ بِهَا، وَإِنْ اسْتَمْتَهَلَ عِنْدَ اسْتِحْلَافِهِ لَمْ يُمَهَّلْ إِلَّا بِرِضَا الْمُدَّعَى، أَوْ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْجَوَابِ أُمَهَّلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ إِنْ رَأَاهُ الْقَاضِي.

وَإِنْ (تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ) أَي: امْتَنَعَ مِنْهَا وَوَجَدَ حُكْمَ بِنُكُولِهِ حَقِيقَةً؛ كَقَوْلِ الْقَاضِي: «جَعَلْتُكَ نَاكِلًا» أَوْ «نَكَلْتُكَ»، أَوْ حُكْمًا؛ كَقَوْلِهِ بَعْدَ امْتِنَاعِهِ أَوْ سَكُوتِهِ

للمُدَّعي: «احْلِفْ»، وإقباله عليه لتحليفه (رُدَّتْ) أي: اليمين أي: ردّها القاضي (عَلَى الْمُدَّعِي) إن كان يدَّعي لنفسه فلا اعتبار بحليفه قبل أمر القاضي (فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ)، وحينئذ لا تُسَمَّعُ بينة المُدَّعي عليه بنحو أداء أو إبراء، سواء كان المُدَّعي عبثاً أو ديناً؛ لأنَّ اليمينَ المردودة كإقرار المُدَّعي عليه على الأظهر.

وإن امتنع من الحليف بلا عذر سقط حقه من المطالبة ومن اليمين، ولا ينفعه بعد ذلك إلا البينة ولو شاهداً ويميناً، وليس له ردُّ اليمين على المُدَّعي عليه؛ لأنَّ المردودة لا تُردُّ، وإن لم يمتنع منه بلا عذر، بل قال: «أريد إقامة بينة» أو «النظر في حسابي مثلاً» أمهل ثلاثاً، فإن عاد بعد ذلك للحليف مُكِّنَ منه.

وليس للمُدَّعي عليه بعد النكول والحكم به العود إلى الحليف إلا برضا المُدَّعي، ولو رضي جاز له العود إليه، لكن إن نكل لم يحلف المُدَّعي يمينَ الردِّ لسقوط حقه برضاه بيمين الخصم، ولو أَرَادَ العود إليه بعد النكول الخالي عن الحكم ولو بعد هربه^(١) وعوده مُكِّنَ منه.

وخرج بقولنا: «إن كان يدَّعي لنفسه»: ما لو ادَّعى على متهم بمال ميت وارثه بيت المال فأنكر ونكل، أو ادَّعى قيم الوقف أو المسجد شيئاً لهما، فأنكر المُدَّعي عليه ونكل، أو ادَّعى الوصي على الوارث وصية للفقراء فأنكر ونكل فيحبسه المُدَّعي عليه في الصور الثلاث إلى أن يقرَّ أو يحلف.

ومالو ادَّعى ولي صبي أو مجنون شيئاً لموليه فأنكر المُدَّعي عليه ونكل، فلا تحليف ويُنتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، وكذا لو ادَّعى عليه شيء على موليه فأنكر لم يحلف ويُنتظر ما ذكر.

(١) في (ش)، (ع) «هرابه».

ولو أثبت الولي ما ادعى به لموَّليه فادَّعى الخصمُ أداءً ونحوه أخذَ منه حالاً وأُخْرِتِ اليمينُ على نفي العلمِ إلى كمالِ الموَّلي، ولو ادَّعى وليُّ المحجورِ عليه بسفوه له شيئاً وأنكرَ خصمُه ونكَلَ، فإنه يحلفُ ويقولُ ويلزمه التسليمُ إلى وليِّ ولا يقولُ إلَيَّ.

(وَإِذَا تَدَاعَايَا) أي: شخصان (شَيْئاً فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ) عملاً باليد، فإن أقامَ كُلُّ منهما يَبِيَّةً بملكه له قُدِّمَتِ يَبِيَّةُ صاحبِ اليدِ من غيرِ احتياجٍ ليمينٍ لترجُّحها بيده، ويُسمَّى الدَّاخلُ والآخرُ الخارجُ.

ولو أقامَ شاهداً وحلفَ معه قُدِّمَ أيضاً وإن كانت يَبِيَّةُ الآخرِ شاهدين، نعم إن شهدت يَبِيَّةُ الخارجِ بأنه اشتراها من الدَّاخلِ أو من بائعه، أو أنَّ أحدهما غصبها منه قُدِّمَتِ يَبِيَّةُ الآخرِ لبطانِ اليدِ، وكذا لو شهدت بأنَّ الدَّاخلَ أقرَّ له بالملكِ إلَّا إن دَكَرَتِ يَبِيَّةُ الدَّاخلِ انتقالاً ممكناً من المقرِّ له إليه، ولا تُسْمَعُ يَبِيَّةُ الدَّاخلِ إلَّا بعدَ يَبِيَّةِ الخارجِ، ولو قبلَ تعديلها.

(وَإِنْ كَانَ) الشَّيْءُ الَّذِي تَدَاعَايَاهُ (فِي يَدَيْهِمَا) ولا يَبِيَّةُ لأحدهما (تَحَالَفاً) أي: حلفَ كُلُّ لِّلْآخَرِ (وَجُعِلَ بَيْنَهُمَا) نصفين، وكذا لو نكَّلا عن اليمينِ وأقامَ كُلُّ منهما يَبِيَّةً بما في يَدِ الآخرِ فقط، فإن أقامَ كُلُّ منهما يَبِيَّةً بالجميعِ فكذلك، لكن يحتاجُ المُدَّعي أولاً إلى إعادةِ يَبِيَّتِهِ لِلنَّصْفِ الَّذِي بِيَدِهِ؛ لأنها أُقيمتْ بالنسبةِ إليه قبلَ يَبِيَّةِ الخارجِ، وإن حلفَ أحدهما فقط أو أقامَ فقط يَبِيَّةً به حُكِمَ له بجميعة، سواءً شهدت يَبِيَّتُهُ بجميعةِ الشَّيْءِ أو بالنَّصْفِ الَّذِي بِيَدِ الآخرِ.

وإن كان ذلكَ الشَّيْءُ الَّذِي تَدَاعَايَاهُ فِي يَدِ ثَالِثٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بيمينه لكلِّ منهما، فإن أقامَ كُلُّ منهما يَبِيَّةً سَقَطَتَا لِتَعَارُضِهِمَا، فيحلفُ لكلِّ منهما يميناً، ولو أقرَّ لأحدهما قبلَ البيَّةِ أو بعدها قُدِّمَتِ يَبِيَّتُهُ، وإن كان لا بيدَ أحدٍ وأقامَا

بَيِّنَتَيْنِ سَقَطَتَا لِتَعَارُضِهِمَا أَيْضًا، نَعَمْ مُحَلٌّ تَعَارُضِهِمَا هُنَا وَفِيمَا لَوْ كَانَ بِيَدِهِمَا أَوْ يَدِ ثَالِثٍ مَا لَمْ يَسْبِقْ تَارِيخُ إِحْدَاهُمَا، فَلَوْ شَهِدَتْ إِحْدَاهُمَا بِالْمَلِكِ مِنْ سَنَةِ وَالْأُخْرَى بِالْمَلِكِ مِنْ أَكْثَرِ رُجِّحَتِ الْآخَرَى.

(وَمَنْ حَلَفَ) أَي: أَرَادَ الْحَلِفَ (عَلَى فِعْلٍ نَفْسِيٍّ) إِثْبَاتًا أَوْ نَفْيًا (حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ) وَفَسَّرَهُ بِقَوْلِهِ: (وَهُوَ الْقَطْعُ) أَي: الْجَزْمُ فَلَا يَكْفِي حَلْفُهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

(وَمَنْ حَلَفَ) أَي: أَرَادَ الْحَلِفَ (عَلَى فِعْلٍ غَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ) ذَلِكَ الْفِعْلُ (إِثْبَاتًا) بَأَن أُرِيدَ إِثْبَاتُهُ (حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ وَالْقَطْعِ) أَي: الْجَزْمِ (وَإِنْ كَانَ) ذَلِكَ الْفِعْلُ (نَفْيًا) بَأَن أُرِيدَ نَفْيُهُ (حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ) وَلَا يَكْلَفُ الْحَلِفَ عَلَى الْبَتِّ، فَإِنْ حَلَفَ الْقَاضِي عَلَى الْبَتِّ فَقَدْ ظَلَمَ وَإِنْ اعْتَدَّ بِهِ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ جُنَايَةَ عَبْدِهِ أَوْ بَهِيمَتِهِ فَأَنْكَرَ حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ؛ لِأَنَّ عَبْدَهُ مَالَهُ، وَفَعْلُهُ كَفَعْلِهِ، وَلِذَا سُمِعَتْ الدَّعْوَى عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهُ لَا ذِمَّةَ لِبَهِيمَتِهِ، وَالْمَالُ لَا يَضْمَنُ بِفَعْلِهَا بَلْ بِتَقْصِيرِهِ فِي حِفْظِهَا، وَهُوَ أَمْرٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَلَوْ وَقَعَ النَّزَاعُ فِيمَا لَيْسَ فِعْلٌ أَحَدٌ كـ «إِنْ طَلَعَتِ الشَّمْسُ»، أَوْ «كَانَ الطَّائِرُ غَرَابًا فَأَنْتِ طَالِقٌ» حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ أَيْضًا.

نَعَمْ لَوْ ادَّعَى الْوَدِيعُ التَّلَفَ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُوْدِعِ الْمُنْكَرِ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ التَّلَفُ فِعْلٌ أَحَدٌ وَلَا يُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ الْبَتِّ الْيَقِينُ، بَلْ يَكْفِي الظَّنُّ الْمُؤَكَّدُ الْحَاصِلُ مِنْ نَحْوِ نَكْوَلٍ خَضَمِهِ، أَوْ خَطِّ أَبِيهِ، أَوْ خَطِّهِ هُوَ وَإِنْ لَمْ يَتَذَكَّرْ.

(فَصْلُ) فِي الشَّهَادَةِ^(١)

(وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ إِلَّا مِنْ اجْتَمَعَتْ فِيهِ خَمْسُ خِصَالٍ):

(١) (الْإِسْلَامُ) فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ وَلَوْ عَلَى مِثْلِهِ، وَقَدْ يُغْنِي عَنْ هَذَا اشْتِرَاطُ الْعَدَالَةِ، وَكَأَنَّهُ لِدَفْعِ التَّوْهُمِ، إِذْ قَدْ يُوصَفُ الْكَافِرُ بِالْعَدَالَةِ فِي دِينِهِ.

(٢-٣) (وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ) فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ.

(٤) (وَالْحُرِّيَّةُ) الْكَامِلَةُ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ فِيهِ رَقٌّ.

(٥) (وَالْعَدَالَةُ) وَأَرَادَ بِهَا مَا يَشْمَلُ الْمَرْوَةَ بِدَلِيلٍ مَا يَأْتِي، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ فَاسِقٍ وَلَا مَنْ لَا مَرْوَةَ لَهُ.

وعِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ لَا تُنَافِي اشْتِرَاطَ زِيَادَةِ عَلَى مَا ذُكِرَ؛ كَالنُّطْقِ، وَكَأَنَّ الشُّكُوتَ عَنْهُ لظَهْوَرِ اشْتِرَاطِهِ؛ لِأَنَّهُ آلَةُ آدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَعَدَمُ الْحَجَرِ بِسَفَاهِهِ، وَكَأَنَّ الشُّكُوتَ عَنْهُ لِمَا قِيلَ أَنَّ مَا ذُكِرَ يُغْنِي عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا نَاقِصٌ^(٢) أَوْ فَاسِقٌ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ إِذْ ضَعْفُ عَقْلِهِ لَا يَقْتَضِي انْتِفَاءَهُ حَتَّى يُغْنِي عَنْهُ ذِكْرُ الْعَقْلِ، وَعَدَمُ التَّهْمَةِ، وَسِيَّاتِي التَّعَرُّضُ لَهُ آخِرَ الْفَصْلِ، وَعَدَمُ الْمَدَاوِمَةِ عَلَى تَرْكِ السُّنَنِ الرَّائِيَةِ وَتَسْيِيحَاتِ الصَّلَاةِ، وَبَحْثُ الْأَذْرَعِيِّ^(٣) تَخْصِيصَ ذَلِكَ بِالْحَاضِرِ.

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَثِيرِ الْغَلْطِ وَالتَّسْيَانِ لِلتَّهْمَةِ، وَلَا شَهَادَةُ الْمُغْفَلِ الَّذِي لَا يَضِطُّ أَصْلًا أَوْ غَالِبًا؛ إِذْ لَا يُوَثِّقُ بِقَوْلِهِ، نَعَمْ إِنْ فَسَّرَ شَهَادَتَهُ وَبَيَّنَ وَقْتَ التَّحْمِيلِ وَمَكَانَهُ قُبِلَتْ لَانْتِفَاءِ التَّهْمَةِ.

(٢) فِي (ع): «نَاقِصَ عَقْلٍ».

(١) فِي (ج)، (ش) «الشَّهَادَاتُ».

(٣) «قَوَاتِ الْمَحْتَاجِ» (١١/٥٠٥).

(وَلِلْعَدَالَةِ خُمْسُ شَرَائِطٍ) جَمْعُ شَرِيطَةٍ:

(١) (أَنْ يَكُونَ مُجْتَنِبًا لِلْكِبَائِرِ)؛ كَالْقَتْلِ وَالزَّانَا وَاللَّوَاطِ وَشَرْبِ الْخَمْرِ وَإِنْ لَمْ يَسْكُرْ وَشَرْبِ الْمُسْكِرِ مِنْ غَيْرِهِ وَتَعَمُّدِ تَقْدِيمِ الصَّلَاةِ عَلَى وَقْتِهَا أَوْ تَأْخِيرِهَا عَنْهُ؛ أَيْ: لِكُلِّ مِنْهَا فَمَتَى ارْتَكَبَ وَاحِدَةً^(١) بَطَلَتْ عِدَالَتُهُ وَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ.

(٢) وَأَنْ يَكُونَ (غَيْرَ مُصِرٍّ) وَلَوْ (عَلَى الْقَلِيلِ مِنَ الصَّغَائِرِ) كَالنَّظَرِ الْمُحَرَّمِ وَالْكَذِبِ الَّذِي لَا حَدَّ فِيهِ وَلَا ضَرَرَ، وَالْإِشْرَافِ عَلَى بَيُوتِ النَّاسِ، وَهَجْرِ الْمُسْلِمِ فَوْقَ ثَلَاثِ بِلَا عُدْرٍ، فَإِنْ أَصَرَ عَلَى مَا ذُكِّرَ بِأَنْ غَلَبَتْ مَعَاصِيهِ طَاعَاتِهِ^(٢) أَوْ اسْتَوَيَا بَطَلَتْ عِدَالَتُهُ وَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلَبَتْ طَاعَاتُهُ^(٣) مَعَاصِيهِ^(٤).

(٣) (وَأَنْ يَكُونَ سَلِيمَ السَّرِيرَةِ) جَعَلَهُ الشَّارِحُ^(٥) احْتِرَازًا عَنْ أَهْلِ الْبِدْعِ وَالْأَهْوَاءِ، وَيَشْكِلُ عَلَيْهِ أَنَّهُمْ إِنْ كَفَرُوا بِبِدْعَتِهِمْ كُمُنْكَرِي الْعِلْمِ بِالْمَعْدُومِ أَوْ الْجَزْئِيَّاتِ وَمُنْكَرِي حَدُوثِ الْعَالَمِ أَوْ الْبُعْثِ أَوْ حُسْرِ الْأَجْسَادِ^(٦) أَغْنَى عَنْ ذَلِكَ اشْتِرَاطُ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ يَكْفُرُوا بِبِدْعَتِهِمْ؛ كَالْقَائِلِينَ بِخُلُقِ الْقُرْآنِ، وَالسَّائِينَ لِلصَّحَابَةِ، وَكُمُنْكَرِي زِيَادَةِ صِفَاتِ اللَّهِ تَعَالَى وَخُلُقِهِ أَفْعَالًا عِبَادِهِ، وَجَوَازِ رُؤْيِيهِ فِي الْآخِرَةِ، فَالصَّحِيحُ قَبُولُ شَهَادَتِهِمْ، نَعَمْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْخَطَّابِيَّةِ لِمِثْلِهِمْ لِتَجْوِيزِهِمْ شَهَادَةَ أَحَدِهِمْ لِمُصَاحِبِهِ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ، اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّهُ لَا يَكْذِبُ؛ لِأَنَّ الْكَذِبَ عِنْدَهُمْ كُفْرٌ، فَلِإِنْ أَتَى الْخَطَّابِيُّ فِي شَهَادَتِهِ بِمَا يَنْفِي الْإِحْتِمَالَ؛ كـ «رَأَيْتُ» قَبِلَتْ.

(١) فِي (ش)، (ج): «وَاحِدَةً».

(٢) فِي (ج): «طَاعَاتِهِ».

(٣) فِي (ج): «طَاعَاتِهِ».

(٤) فِي (ج)، (ش): «عَلَى مَعَاصِيهِ».

(٥) الْحِصِّي فِي «كِفَايَةِ الْأَخْيَارِ» (ص ٥٦٧).

(٦) فِي (ش): «الْأَجْسَام».

وَيُمْكِنُ حَمْلُ سَلَامَةِ السَّرِيرَةِ عَلَى عَدَمِ الْعِدَاوَةِ الْمَانِعَةِ مِنَ الشَّهَادَةِ، إِذِ الْعَدُوُّ غَيْرُ سَلِيمٍ السَّرِيرَةِ لِعَدْوِهِ، وَلَا يَنَافِي ذَلِكَ قَوْلُهُ السَّابِقُ فِي مَبْحَثِ الْقَاضِي^(١): وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ عَدُوٍّ عَلَى عَدُوِّهِ كَمَا لَمْ يُنَافِ ذِكْرُهُ الْعَدَالَةَ هُنَا قَوْلُهُ ثُمَّ: وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ إِلَّا مِمَّنْ ثَبَتَ عَدَالَتُهُ.

(٤) وَأَنْ يَكُونَ (مَأْمُونًا عِنْدَ الْغَضَبِ) بَأَلَّا يَزْحِجَهُ الْغَضَبُ عَنِ الْحَقِّ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ غَيْرِ الْمَأْمُونِ لِسُقُوطِ الثِّقَةِ بِقَوْلِهِ.

(٥) وَأَنْ يَكُونَ (مُحَافِظًا عَلَى مَرْوَةِ مَثَلِهِ) فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ غَيْرِ الْمُحَافِظِ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ نَاقِصُ الْعَقْلِ أَوْ قَلِيلُ الْمَبَالَاةِ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ تَبْطُلُ الثِّقَةُ بِقَوْلِهِ: وَالْمَرْوَةُ تَخْلُقُ بَخْلَقٍ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ، فَتُرَدُّ الشَّهَادَةُ بِتَرْكِهِ، كَأَنْ يَمْشِيَ فِي سَوَاقٍ مَكْشُوفِ الرَّأْسِ أَوْ الْبَدَنِ مِمَّنْ لَا يَلِيقُ بِهِ ذَلِكَ، أَوْ أَكَلَ فِيهِ أَوْ شَرِبَ مِنْ سِقَايَاتِهِ غَيْرَ الشُّوْقِيِّ لَغَيْرِ جُوعٍ أَوْ عَطَشٍ شَدِيدٍ، أَوْ مَدَّ رِجْلَهُ بِلا ضَرُورَةٍ بِحَضْرَةِ مَنْ يَحْتَشِمُهُ، لَا نَحْوِ إِخْوَانِهِ وَتِلَا مَذْبِهِ، أَوْ قَبْلَ حَلِيلَتِهِ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، أَوْ لَيْسَ مَا لَا يَلِيقُ بِهِ حَيْثُ لَا يُعْتَادُ، أَوْ حَمَلَ نَحْوَ الْأَطْعَمَةِ إِلَى الْبَيْتِ حَيْثُ لَا يَلِيقُ بِهِ شُحًّا لَا اقْتِدَاءً بِالسَّلَفِ، أَوْ أَكْثَرَ مِنَ الْحِكَايَاتِ الْمَضْحَكَةِ أَوْ مِنْ سُوءِ الْعَشْرَةِ مَعَ الْمَعَامِلِينَ وَالْأَهْلِ وَالْجِيرَانِ، أَوْ مِنْ الْمَضَايِقَةِ فِي الْيَسِيرِ، أَوْ أَكَبَّ عَلَى لَعِبِ الشَّطْرَنْجِ أَوْ الْغِنَاءِ أَوْ سَمَاعِهِ، وَكَذَا عَلَى إِنْشَادِ الشَّعْرِ وَاسْتِنْشَادِهِ حَتَّى تَرُكَّهُ بِهِ مَهْمَاتِهِ أَوْ عَلَى الرَّقْصَةِ^(٢) أَوْ الضَّرْبِ بِالْذُّفِّ، أَوْ اتَّخَذَ غُلَامًا أَوْ جَارِيَةً لَتَغْنِيَ لِلنَّاسِ، وَمَرَجَعَ الْإِكْثَارَ فِيهَا الْعُرْفُ، وَالْأَمْرُ فِي جَمِيعِ مَا تَقَرَّرَ يَخْتَلِفُ بِالشَّخْصِ^(٣) وَالْأَحْوَالِ وَالْأَمَكِنَةِ وَالْأَزْمَنَةِ، فَقَدْ تُسْتَقْبَحُ مِنْ شَخْصٍ

(٢) فِي (ش): «الرَّقْص».

(١) فِي (ش): «الْقَضَاء».

(٣) فِي (ج): «بِاخْتِلَافِ الْأَشْخَاصِ».

وفي حالٍ أو مكانٍ أو زمنٍ ما لا يُستقْبَحُ مِنْ شَخْصٍ آخَرَ، أو في حالٍ أو مكانٍ أو زمنٍ آخَرَ.

(وَالْحُقُوقُ) التي يُرَادُ الشَّهَادَةُ بِهَا (ضَرْبَانِ: حَقٌّ^(١) اللهُ تَعَالَى، وَحَقُّ الْآدَمِيِّ) وأَرَادَ الْجِنْسَ فِيهِمَا.

(فَأَمَّا حُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ فَهِيَ) مَنْقِسِمَةٌ (عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ):

(١) (ضَرْبٌ لَا يُقْبَلُ فِيهِ) النِّسَاءُ مُطْلَقًا وَلَا يَقْبَلُ فِيهِ (إِلَّا شَاهِدَانِ ذَكَرَانِ، وَهُوَ مَا لَا يُقْصَدُ مِنْهُ الْمَالُ، وَيَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ) غَالِبًا؛ كَنِكَاحٍ وَرَجْعَةٍ وَطَلَاقٍ، وَإِعْتَاقٍ وَإِسْلَامٍ وَرَدَّةٍ وَبُلُوغٍ، وَخُلْعٍ أَدَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا، وَانْقِضَاءِ عِدَّةٍ بِالْأَشْهُرِ، وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ وَلَوْ عَلَى مَالٍ وَإِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ حَيْثُئِذِ الْمَالُ؛ لِأَنَّ الْجَنَائِيَّةَ فِي نَفْسِهَا مُوجِبَةٌ لِلْقِصَاصِ لَوْ ثَبَتَ، وَالْمَالُ إِنَّمَا هُوَ بَدَلٌ عَنْهُ، وَوَكَالَةٌ وَوَصَايَةٌ وَقِرَاضٌ وَشَرِكَةٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَرْبَعَةَ وَإِنْ كَانَتْ فِي مَالٍ الْقِصْدُ مِنْهَا الْوِلَايَةُ وَالسَّلْطَنَةُ، نَعَمْ إِنْ أَرَادَ فِي الْأَخِيرَيْنِ إِثْبَاتَ حَصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ كَفَى رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ كَمَا بَحَثَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ؛ أَيْ: أَوْ رَجُلٌ وَيَمِينٌ كَمَا فِي الضَّرْبِ الْآتِي^(٢).

(٢) (وَضَرْبٌ) لَا يُقْبَلُ فِيهِ النِّسَاءُ الْمُتَفَرِّدَاتُ، وَإِنَّمَا (يُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدَانِ) ذَكَرَانِ (أَوْ رَجُلٌ) وَاحِدٌ (وَامْرَأَتَانِ، أَوْ شَاهِدٌ) وَاحِدٌ (وَيَمِينٌ الْمُدَّعِي) عَلَى اسْتِحْقَاقِهِ لِلْمَشْهُودِ بِهِ بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَعْدِيلِهِ ذَاكِرًا وَجُوبًا فِي يَمِينِهِ صِدْقَ شَاهِدِهِ قَبْلَ ذِكْرِهِ الْاسْتِحْقَاقَ أَوْ بَعْدَهُ؛ نَحْوُ: «وَاللَّهِ إِنْ شَاهِدِي لَصَادَقٌ فِيمَا شَهِدَ بِهِ لِي» وَ«أَنِّي أَسْتَحِقُّهُ» أَوْ «إِنِّي أَسْتَحِقُّهُ» وَ«إِنْ شَاهِدِي لَصَادَقٌ فِيمَا شَهِدَ بِهِ لِي» فَإِنْ تَرَكَ الْيَمِينَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ فَلَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ حَلَفَ خَصْمُهُ

(١) في (ع)، «ضرب»، وكتب بحاشيتها، «نسخة: حق لله»

(٢) يطرر «أسي المطالب» (٤/ ٣٦١).

سَقَطَتِ الدَّعْوَى، وَمُنِعَ هُوَ مِنَ الْعُودِ لِلْيَمِينِ مَعَ شَاهِدِهِ وَلَوْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ إِقَامَةِ بَيِّنَةٍ كَامِلَةٍ.

وَلَوْ أَرَادَ الْيَمِينُ قَبْلَ حَلْفِ خَصْمِهِ لَمْ يُمَكَّنْ مِنْهُ إِلَّا فِي مَجْلِسٍ آخَرَ (وَهُوَ) أَي: هَذَا الضَّرْبُ (مَا كَانَ الْقَصْدُ مِنْهُ الْمَالُ) بَأَن كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا، أَوْ مَنْفَعَةً أَوْ عَقْدًا مَالِيًّا، أَوْ فَسْخَ^(١)، أَوْ حَقًّا لَهُ، أَوْ فِعْلًا مَضمُونًا بِالْمَالِ؛ كَبَيْعٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَرَهْنٍ وَشُفْعَةٍ وَوَقْفٍ، وَخُلْعٍ ادَّعَاهُ الزَّوْجُ، وَإِقَالَةً وَأَجَلَ وَخِيَارًا وَجَنَابَةً تَوْجِبُ مَالًا.

(٣) (وَضَرْبٌ يُقْبَلُ فِيهِ) زِيَادَةٌ عَلَى قَبُولِ الرَّجُلَيْنِ (رَجُلٌ) وَاحِدٌ (وَأَمْرَانِ) مَعَهُ (أَوْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ) مُفْرَدَاتٍ وَلَا يُقْبَلُ فِيهِ رَجُلٌ وَيَمِينٌ، (وَهُوَ مَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ) غَالِبًا اخْتَصَّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ، أَوْ شَارَكَهُنَّ فِيهِ الرَّجَالُ قَلِيلًا، وَذَلِكَ كِبْكَارَةً وَثُبُوتًا وَرَتَقٍ وَقَرْنٍ وَوَلَادَةٍ وَرِضَاعٍ مِنَ الثَّدِيِّ، فَإِنْ كَانَ مِنْ إِنْاءٍ لَمْ تُقْبَلْ فِيهِ النِّسَاءُ مُفْرَدَاتٍ، وَإِنْ قُبِلْنَ فِي أَنَّ ذَلِكَ اللَّبَنَ مِنْ هَذِهِ الْمَرَأَةِ، وَحَيْضٍ.

وَمَرَادُ الشَّيْخَيْنِ^(٢) بِالتَّعْدِيرِ فِي قَوْلِهِمَا فِي مَحَلٍّ آخَرَ يَتَعَدَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ هُوَ التَّعَسُّرُ وَعَيُوبُ النِّسَاءِ تَحْتَ ثِيَابِهِنَّ، وَلَوْ جَرَّاحَةً كَمَا صَوَّبَهُ فِي «الرَّوْضَةِ»^(٣)، وَهُوَ مَا لَا يَظْهَرُ مِنْهُنَّ غَالِبًا، بِخِلَافِ مَا فِي وَجْهِ الْحُرَّةِ أَوْ كَفِّهَا، فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِرَجُلَيْنِ إِلَّا أَنْ يَقْصِدَ بِهِ الْمَالُ، وَمَا يَبْدُو عِنْدَ مَهْنَةِ الْأُمَةِ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ الْمَالُ كَانَ قَصْدَ فَسْخِ النِّكَاحِ لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِرَجُلَيْنِ، وَإِنْ قَصَدَ بِهِ الْمَالُ كَانَ قَصْدًا بِهِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ فَيَثْبُتُ بِمَا يَثْبُتُ بِهِ الْمَالُ حَتَّى بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِأَمْرَاتَيْنِ وَيَمِينٍ.

(١) فِي (ج) «قِسْمَةٌ». (٢) «الشرح الكبير» (٤٩/١٣)، و«روضة الطالبين» (١١/٢٥٤).

(٣) «روضة الطالبين» (١١/٢٥٤).

(وَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى) أي: موجباتها، إذ المشهودُ به موجبُ الحقِّ لا نفسه، (فَلَا تُقْبَلُ فِيهَا النَّسَاءُ) لا منفردات ولا مع الرجل، ولا الشاهدُ واليمينُ.

(وَهِيَ) أي: موجباتها (عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرَبٍ):

(١) (ضَرَبٌ لَا يُقْبَلُ فِيهِ أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعَةٍ) رجال (وَهُوَ الزَّنا) واللواط وإتيان البهيمة أو الميتة، وقد يريدُ بالزنا ما يشملُ جميعَ ذلك، ويشترطُ تفسيرُهم له كـ «رَأَيْنَاهُ أَدْخَلَ حَشْفَتَهُ أَوْ قَدَرَهَا مِنْ مَقْطُوعِهَا فِي فَرْجِ هَذِهِ أَوْ فُلَانَةٍ الْفُلَانِيَةِ عَلَى سَبِيلِ الزَّنا» وإن لم يَقُولُوا «كَالْمِرُودِ فِي الْمُكْحَلَةِ»، واعتبرَ جمعُ ذَكَرٍ مكانَ الزَّنا وزمانه، واعتبرَ في «التَّنْبِيهِ»^(١) المكانَ تبعاً للشيخ أبي حامدٍ، ورأى الماورديُّ^(٢) أنه إن صرَّحَ بعضُ الشُّهُودِ بذلك وَجَبَ سَوَالُ الْبَاقِينَ عَنْهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ لِأَجْلِ الشَّهَادَةِ.

وهذا كُلُّهُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْحَدِّ أَوْ التَّعْزِيرِ، أَمَّا بِالنَّسْبَةِ لِسُقُوطِ الْحِصَانَةِ وَالْعَدَالَةِ وَوُقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُعْلَقِ بِالزَّنا، فَيُثْبِتُ بَرَجْلَيْنِ دُونَ غَيْرِهِمَا كَمُقَدِّمَاتِ الزَّنا، وَكَذَا وَطْءِ الشُّبْهَةِ إِذَا قُصِدَ بِهِ النَّسَبُ، أَوْ شَهِدَ بِهِ حَسْبَةً، فَإِنْ قُصِدَ بِهِ الْمَالُ ثَبَتَ بِمَا يَثْبُتُ بِهِ الْمَالُ حَتَّى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَيَكْفِي فِي وَطْءِ الشُّبْهَةِ أَنْ يَقُولَ: «وَطِئْتُهَا»^(٣) بِشُبْهَةٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ مَا تَقَدَّمَ فِي الزَّنا.

(٢) (وَضَرَبٌ يُقْبَلُ فِيهِ اثْنَانِ) مِنَ الرِّجَالِ دُونَ غَيْرِهِمْ، (وَهُوَ مَا سِوَى الزَّنا) وَمَا ذُكِرَ مَعَهُ (مِنْ) مُوجِبَاتِ (الْحُدُودِ)؛ كَشُرْبِ الْمُسْكَرِ^(٤)، وَالسَّرْقَةِ، وَقَطْعِ الطَّرِيقِ، وَالْإِقْرَارِ بِالزَّنا.

(٢) «الحاوي الكبير» (١٧/ ٢٤٠).

(٤) في (ش) «الخمر».

(١) «التنبيه في المقه الشافعي» (ص ٢٧٢).

(٣) في (ح) «وطئتها».

(٣) (وَصَرَبٌ يُقْبَلُ فِيهِ وَاحِدٌ) مِنَ الرِّجَالِ دُونَ غَيْرِهِمْ، (وَهُوَ هِلَالٌ شَهْرٍ رَمَضَانَ) فَيُثَبِّتُ رَمَضَانَ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ بِالنِّسْبَةِ لِلصَّوْمِ وَتَوَابِعِهِ؛ كَالْتِرَاوِيحِ وَالِاعْتِكَافِ وَالِإِحْرَامِ بِالْعُمْرَةِ الْمُعْلَقَيْنِ بِدُخُولِ رَمَضَانَ دُونَ مَا عَدَا ذَلِكَ؛ كَطَلَاقٍ وَعَتَقٍ وَأَجَلٍ مُعْلَقَاتٍ بِثَبُوتِهِ إِلَّا إِنْ تَعَلَّقَتْ بِالشَّاهِدِ أَوْ تَأَخَّرَ التَّعْلِيقُ عَنْ ثَبُوتِهِ، كَأَنْ قِيلَ بَعْدَ ثَبُوتِهِ بِوَاحِدٍ: «إِنْ كَانَ ثَبَتَ رَمَضَانَ فَأَنْتَ طَالِقٌ» أَوْ «أَنْتَ حُرٌّ»، وَكَشَهْرِ رَمَضَانَ فِيمَا ذُكِرَ شَهْرٌ مُعَيَّنٌ نَذَرَ صَوْمِهِ كَمَا اقْتَضَاهُ إِجْرَاءُ النَّوَوِيِّ فِي «مَجْمُوعِهِ»^(١) خِلَافَ رَمَضَانَ فِيهِ، وَحَكَاهُ الْإِسْنَوِيُّ وَغَيْرُهُ عَنْ تَصْحِيحِ الرُّوْيَانِيِّ، وَإِنْ اعْتَرَضَ بِأَنَّ الْمَشْهُورَ خِلَافُهُ، وَهَلْ يُقْبَلُ الْوَاحِدُ فِي طُلُوعِ فَجْرِ رَمَضَانَ لِيَجِبَ الْإِمْسَاكُ، وَفِي إِسْلَامِ كَافِرٍ قَبْلَ مَوْتِهِ لِيُصَلَّى عَلَيْهِ؟ وَجِهَانِ بِنَاءٍ عَلَى الْإِكْتِفَاءِ بِهِ فِي رَمَضَانَ، وَقَضِيَّةِ الْبِنَاءِ الْقَبُولُ، وَقِيَاسُ ذَلِكَ قَبُولُهُ فِي هِلَالِ الْحُجَّةِ بِالنِّسْبَةِ لَوْ قُوفٍ عَرَفَهُ.

وَفِي تَعْيِيرِ الْمُصَنِّفِ بِشَهْرِ رَمَضَانَ مِرَاعَاةً لِقَوْلِ الْأَكْثَرِينَ: يُكْرَهُ أَنْ يُقَالَ: رَمَضَانَ بِدُونِ شَهْرِ، لَكِنْ رَدَّهُ النَّوَوِيُّ فِي «مَجْمُوعِهِ»^(٢) بِأَنَّ الصَّوَابَ خِلَافُهُ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمُحَقِّقُونَ لِعَدَمِ ثَبُوتِ نَهْيٍ فِيهِ، بَلْ ثَبَتَ ذِكْرُهُ بِدُونِ شَهْرِ فِي أَخْبَارٍ صَحِيحَةٍ.

(وَلَا يُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى)^(٣) وَلَوْ عَلَى زَوْجَتِهِ اعْتِمَادًا عَلَى صَوْرَتِهَا، وَإِنْ جَارَ لَهُ وَطُؤُهَا بِذَلِكَ بِخِلَافِ رَوَايَتِهِ إِذَا حَصَلَ الظَّنُّ الْغَالِبُ بِضَبْطِهِ، وَكَالْأَعْمَى مَنْ يُدْرِكُ الْأَشْخَاصَ وَلَا يُمَيِّزُهَا (إِلَّا فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ) بَلْ وَأَكْثَرَ كَمَا سَيُظْهِرُ:

(١-٢) (الْمَوْتُ، وَالنَّسَبُ) لِذِكْرِ أَوْ أَنْثَى مِنْ أَبٍ أَوْ أُمٍّ أَوْ قَبِيلَةٍ، كـ «هَذَا وَلَدُ فُلَانٍ» أَوْ «فُلَانَةٍ»، أَوْ «مِنْ قَبِيلَةِ كَذَا».

(٢) «المجموع شرح المذهب» (٦/ ٢٤٧)

(١) «المجموع شرح المذهب» (٦/ ٢٧٦-٢٧٧).

(٣) فِي (ش)، (ج): «وَكَأَكْثَرَ».

(٣) (وَالْمَلِكُ) لنحو دارٍ أو أرضٍ معروفةٍ (المُطْلَقُ) بأن لم يُضَفْ لسببٍ، فتَقَبَّلَ شهادته في هذه الأمور إن لم يحتج إلى تعيين وإشارة اعتماداً على سماع المشهود به متكرراً مدة يغلب على الظن معها صحة ذلك من جمع مسلمين ولو أرقاءً وإناءاً يؤمن تواطؤهم على الكذب، بحيث يحصل العلم أو الظن بصدقهم بشرط عدم المعارض، فلو أنكر المنسوب إليه نسب المنسوب أو طعن فيه بعض الناس ولو فاسقاً امتنع اعتماد السماع، ولو ذكر بأن مستنده السماع لم يضُرَّ إلا إن ظهر بذكره تردّد في الشهادة.

ويؤخذ مما تقرّر أن السماع أعم من التواتر الذي لا ينفك عنه العلم، فلو تحقق اتجه عدم اشتراط الإسلام.

وخرج بتقييد الملك بالمطلق المضاف لسبب، فإن استفاض سببه كالبيع لم يصح اعتماد السماع فيه إلا الإرث، وجواز الاعتماد في الشهادة على السماع المذكور هو الصحيح، لكنه لا يتقيّد بهذه الثلاثة، بل يجري في غيرها أيضاً كالعتق والولاء والنكاح.

وكما يجوز الاعتماد على السماع في الشهادة يجوز الاعتماد عليه في الحلف بل أولى.

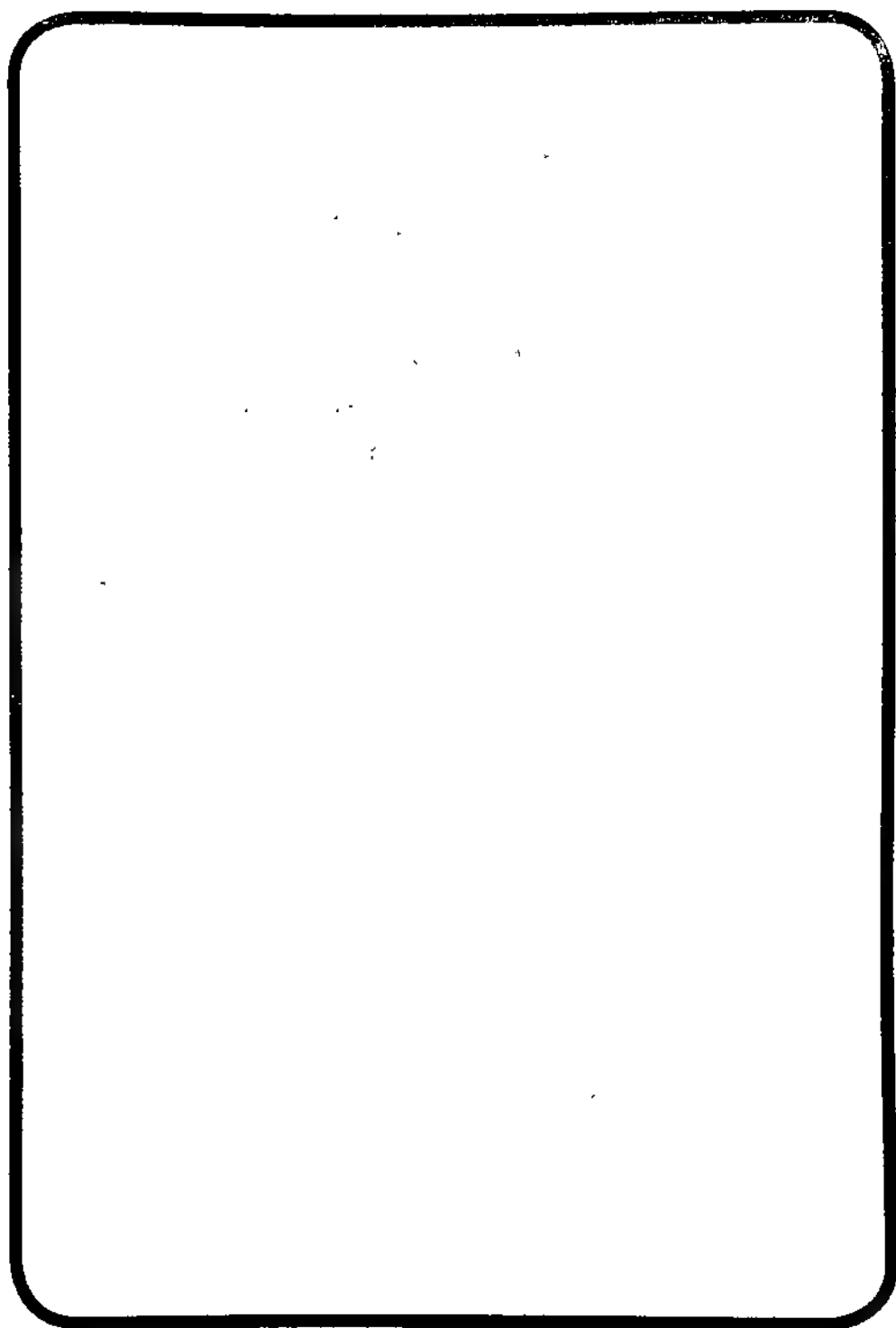
(٤) (وَالترجمة) بأن يترجم كلام الخصم أو الشهود للقاضي؛ لأن الترجمة تفسيرها لما يسمع فلم يحتج لمعانية وإشارة، وكالترجمة إسماع قاضي به صمم، ويشترط فيهما الإتيان بلفظ الشهادة كما يُستفاد من كلام المصنّف.

(٥) (وَمَا شَهِدَ بِهِ) أي: تحمّل الشهادة (قَبْلَ الْعَمَى) إن كان المشهود له والمشهود عليه معروف في الاسم والنسب، (وَ) (إِلَّا) (عَلَى) الشخص أو الأمر

(الْمَضْبُوطِ) كَانَ أَقْرَبَ إِنْسَانٍ لِمَعْرُوفِ الْأَسْمِ وَالنَّسَبِ فِي إِذْنِهِ بِنَحْوِ طَلَاقٍ أَوْ مَالٍ، أَوْ وَهُوَ بَصِيرٌ فَقَبَضَ يَدَهُ مِثْلًا ثُمَّ عَمِيَ، وَتَعَلَّقَ بِهِ فِي الصُّورَتَيْنِ حَتَّى شَهِدَ عَلَيْهِ أَوْ وَضَعَ يَدَهُ عَلَى ذِكْرٍ بَفَرْجٍ فَأَمَسَكَهُمَا حَتَّى شَهِدَ عَلَيْهِمَا بِذَلِكَ.

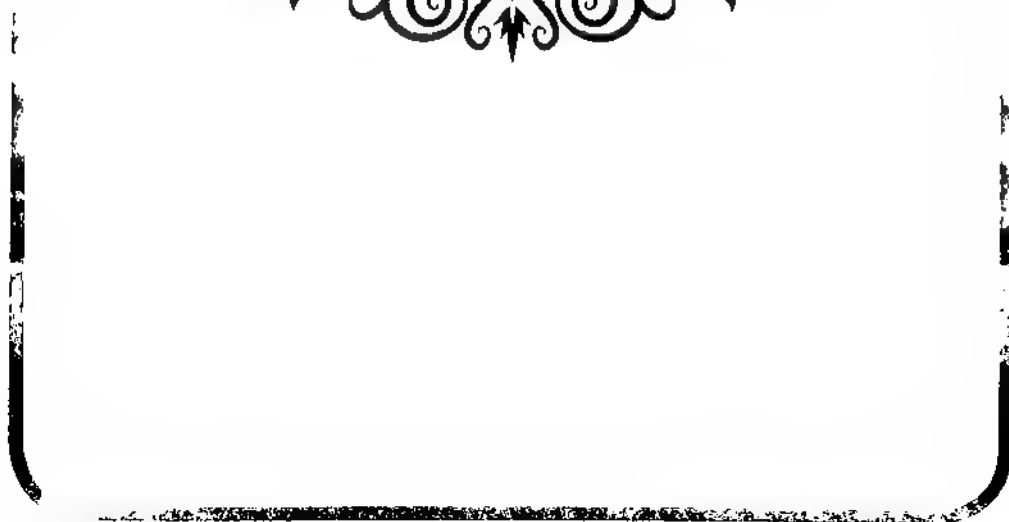
(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ) مَتَّهِمٍ فِي شَهَادَتِهِ كَشَهَادَةِ (جَارٍ لِنَفْسِهِ) أَوْ مَنْ فِي حُكْمِ نَفْسِهِ (نَفْعًا وَلَا دَافِعٍ عَنْهَا) أَوْ عَمَّنْ فِي حُكْمِهَا (ضَرَرًا) كَشَهَادَتِهِ لِعَبْدِهِ أَوْ أَصْلِهِ أَوْ فَرْعِهِ، بِخِلَافِ زَوْجَتِهِ وَأَخِيهِ وَصَدِيقِهِ، أَوْ غَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ، أَوْ مُحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ، أَوْ مَنْ ضَمِنَتْهُ هُوَ أَوْ أَصْلُهُ أَوْ فَرْعُهُ بِبَرَاءَتِهِ، وَيُضَرُّ حَدُوثُ التُّهْمَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ لَا بَعْدَهُ، فَلَوْ شَهِدَ لِأَخِيهِ بِمَالٍ فَمَاتَ وَكَانَ هُوَ وَارَثَهُ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَأْخُذِ الْمَالُ، أَوْ بَعْدَهُ أَخَذَهُ.

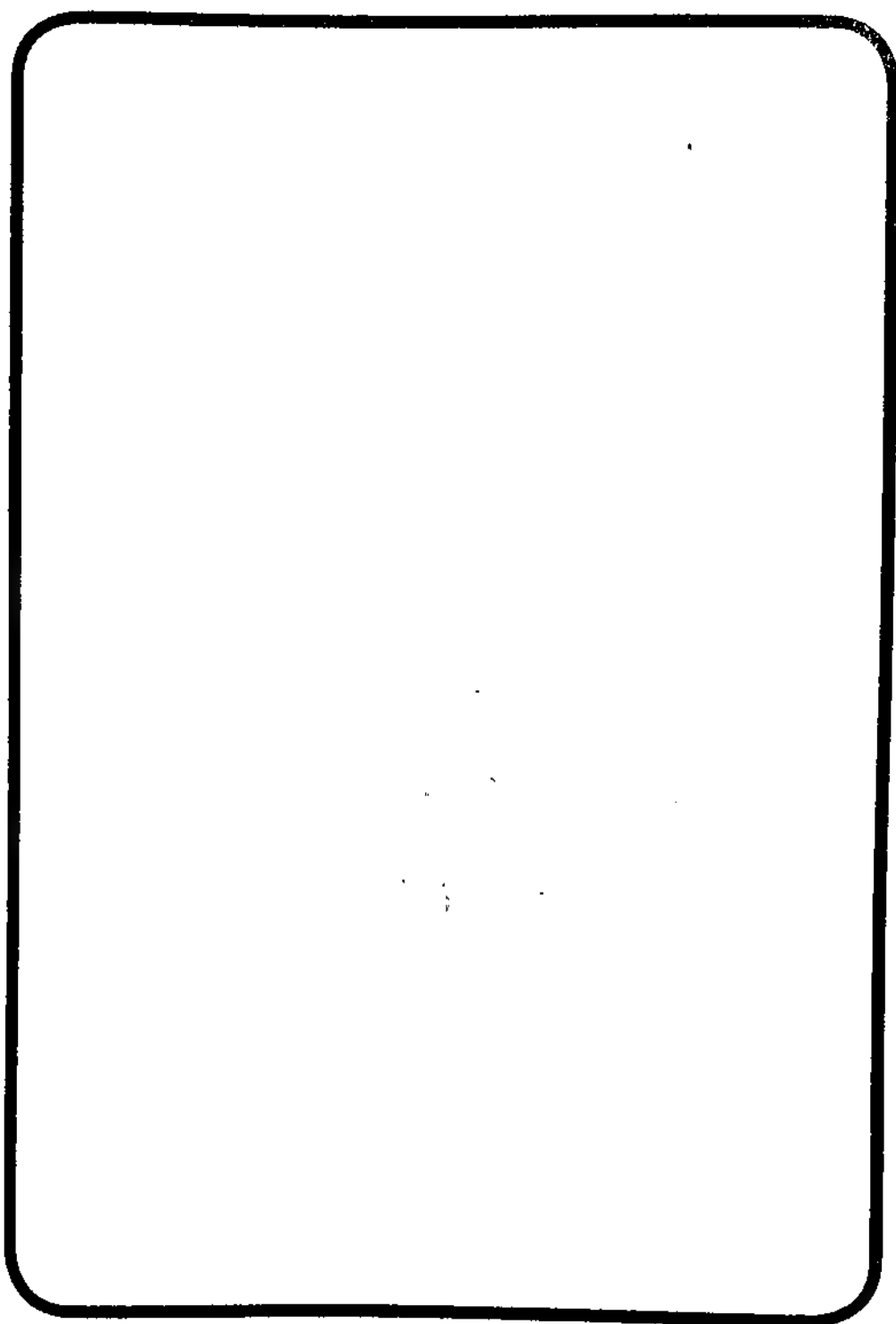






(كِتَابُ الْعِتْقِ)





(كِتَابُ الْعِتْقِ)

بمعنى الإعتاق، وهو: إزالة الرِّقِّ عن الأدمي.

(وَيَصِحُّ الْعِتْقُ) أي: الإعتاق (مِنْ كُلِّ) شخصٍ كاملٍ الحُرِّيَّةِ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى (مَالِكٍ) لِمَنْ يَعْتِقُهُ (جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ) بَأَنْ يَكُونَ بِالْعَا عَاقِلًا مُمَيِّزًا غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ، لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمِلْكِهِ حَقٌّ لَازِمٌ لْغَيْرِهِ، فَلَا يَصِحُّ مَمَّنْ فِيهِ رِقٌّ، وَلَا مِنْ غَيْرِ مَالِكٍ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَالِكِ كَمَا يَفِيدُهُ قَوْلُهُ فِي الْوَكَالَةِ: «وَكُلُّ مَا جَازَ لِلْإِنْسَانِ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَفْسِهِ، جَازَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ أَوْ يَتَوَكَّلَ».

وَلَا مِنْ صَبِيٍّ، أَوْ مَجْنُونٍ، أَوْ مُغَمًى عَلَيْهِ، أَوْ نَائِمٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ مَحْجُورٍ سَفِيٍّ أَوْ فُلَسٍّ، وَلَا مِنْ رَاهِنٍ مُعْسِرٍ لِلْقَنْ الْمَرْهُونِ، أَوْ وَارِثٍ مُعْسِرٍ لِقَنْ تَرْكَةٍ تَعْلَقُ بِهَا دَيْنٌ، وَيَصِحُّ أَيْضًا السَّفِيَةُ بِالْعِتْقِ، وَإِعْتَاقُ الْمُسْتَوْلِدَةِ وَالْمُكَاتَبِ.

(وَيَقَعُ الْعِتْقُ) وَيَحْصُلُ (بِصَرِيحِ الْعِتْقِ) بِمَعْنَى الْإِعْتَاقِ (وَالْتَّحْرِيرِ) وَفَكَ الرِّقْبَةُ وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهَا؛ كـ «أَنْتَ عِتْقٌ» أَوْ «مُعْتَقٌ» أَوْ «أَعْتَقْتُكَ»، أَوْ «أَعْتَقَكَ اللَّهُ» أَوْ «اللَّهُ أَعْتَقَكَ»، أَوْ «حُرٌّ» أَوْ «مَحْرَرٌ» أَوْ «حَرَّرْتُكَ»، أَوْ «مَفْكُوكُ الرِّقْبَةِ» أَوْ «فَكَيْكَ الرِّقْبَةُ» أَوْ «فَكَكْتُ رَقَبَتَكَ».

وَأَمَّا نَفْسُ الْعِتْقِ وَالتَّحْرِيرِ وَفَكَ الرِّقْبَةِ، كـ «أَنْتَ إِعْتَاقٌ» أَوْ «تَحْرِيرٌ» أَوْ «فَكَ رَقْبَةً» فَكُنَايَةٌ.

وَلَوْ كَانَتْ أُمُّهُ تُسَمَّى قَبْلَ جَرِيَانِ الرِّقِّ عَلَيْهَا حُرَّةً، فَقَالَ لَهَا: «يَا حُرَّةُ»، فَإِنْ لَمْ يَخْطُرْ لَهُ النَّدَاءُ بِاسْمِهَا الْقَدِيمِ عَتَقَتْ، وَإِنْ قَصَدَ نِدَاءَهَا لَمْ تَعْتَقْ، وَلَوْ كَانَ اسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً، فَإِنْ قَصَدَ النَّدَاءَ أَوْ أَطْلَقَ لَمْ تَعْتَقْ.

وفي «فتاوي» الغزالي أنه لو اجتازَ بالمكَّاسِ فخافَ أن يطالِبَه بالمكَّسِ عن عبده فقال: «إنَّ حُرًّا وليس بعبْدٍ»، وقصدَ الإخبارَ لم يعتقَ فيما بينَه وبينَ الله تعالى وهو كاذبٌ في خبره.

قال في «أصل الرّوضة»^(١): ومقتضى هذا أنه لا يُقبَلُ ظاهرًا. وصوّبه الدّميري^(٢)، وردّه الإسني^(٣).

وأنّه لو زاحمته امرأةٌ في طريقٍ فقال: «تأخّري يا حرّة» فبانت أمته لا تعتق، ولو قال لعبده المُمكِنِ كُونُ مثله ابنًا له: «أنتَ ابني» لا على وجهِ المُلاطفة، فإن كان مجهولَ النسبِ عتقَ وثبتَ نسبُه إن كان صغيرًا، أو صدّقه، فإن لم يصدّقه عتقَ ولم يثبتَ النسبُ، وإن كان معروفَ النسبِ عتقَ ولم يثبتَ النسبُ، بخلافِ ما لو قاله لغيرِ المُمكِنِ كُونُ مثله ابنًا له فهو لغوٌ، وما لو قال: «يا ابني»^(٤)، وإنّما يعتقُ إن نَوَى العتقَ، وذلك لأنَّ العتقَ في هذه الصُّورِ من قبيلِ المُواخذةِ بالإقرارِ بدلَ الإنشاءِ.

(وَالْكِنَايَةُ) عطفٌ على صريح (مَعَ النِّيَّةِ) نحو: «لا سلطانَ» أو «لا ملكَ» أو «لا يدَ» أو «لا خدمةَ» أو «لا سبيلَ لي عليك»، أو «أزلتُ حُكْمِي عنكَ»، ولو قال: «وهبتُكَ نفسَكَ» ناويًا العتقَ عتقَ وإن لم يقبلَ، أو ناويًا التَّمْلِيكَ عتقَ إن قَبِلَ فورًا، ولو أَوْصَى له برقبته اشترطَ القبولَ بعدَ الموتِ.

(وَإِذَا أَعْتَقَ) أَحَدُ (بَعْضِ عِبْدٍ) يَمْلِكُ جَمِيعَهُ مَعِينًا كَانَ ذَلِكَ الْبَعْضُ كَيْدًا، أَوْ لَا كَبَعْضٍ وَرُبُعٍ (عَتَقَ جَمِيعُهُ) وَإِنْ كَانَ مُعْسَرًا.

(٢) «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (١٠ / ٤٦٨).

(٤) في (ش). «سي».

(١) «الشرح الكبير» (١٣ / ٣٠٧).

(٣) «المهمات» (٩ / ٤٢٩).

وهل يرجع إليه في تعيين مقدار البعض في صورة البعض؟ فيه نظر، والرجوع إليه غير بعيد.

ولو وكل وكيلًا في إعتاق عبده فأعتق نصفه عتق نصفه ولم ينسِر إلى باقيه؛ لأنه لما خالف أمر موكله كان القياس ألا يعتق شيء، لكن تشوُّف الشارع إلى العتق أو جب تنفيذ ما اعتقه الوكيل ولم تترتب السراية على ما ثبت عتقه على خلاف القياس، ولأن عتق السراية قد لا يقوم مقام السراية، فيفوت غرض الموكل؛ لأنه قد يوكله في عتقه عن الكفارة، فلو نفذنا عتق بعضه بالسراية كما أجزأ عن الكفارة، ولا احتاج المالك إلى نصف رقبة أخرى، بخلاف ما إذا قلنا بعتن النصف فقط، فإن النصف الآخر يمكن عتقه بالمباشرة عن الكفارة^(١). انتهى.

وقد يفرق بكل من التعليلين بين عدم السراية هنا والسراية فيما لو وكل أحد الشريكين في إعتاق نصف عبده أو في إعتاق حصته من مشترك بينه وبين آخر فامتثل وهو غير بعيد، بل قد يلتزم ذلك على الثاني أيضًا.

(وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدٌ شَرَكًا) أي: نصيبًا (لَهُ فِي عَبْدٍ) أو أمة، سواء كان ذلك الشرك جميع حصته أم بعضها، كما شمله كلام المصنف، والحكم صحيح في الحالين كما لا يخفى، كأن قال: «نصيب منك حر» أو «نصفك حر» وهو يملك نصفه وأطلق، سواء قلنا بالأرجح أنه يحمل على ملكه أو بمقابله أنه يحمل على الشيوع أو أعتق جميع المشترك عتق نصيبه مطلقًا، ثم إن أعتق ذلك وهو معسر بقي الباقي لشريكه ولا سراية.

ولا يردُّ على ذلك ما لو باع حصَّته من عبده بشرط الخيار له ثمَّ أعتق وهو معسرٌ باقيه في زمن الخيار حيث يسري العتق إلى المبيع؛ وذلك لأنَّه بالسَّراية يقع الفسخُ فلا شركة حينئذٍ حقيقة، بل حيث كان الخيار له وحده لم تحضُل شركة مُطلقاً؛ لأنَّ المبيع لم يخرج عن ملكه.

وإن أعتق ذلك (وهو مؤسّر) بقيمة نصيب شريكه يوم الإعتاق بأن ملك فاضلاً عما يترك للمفلس ما بقي بقيمة نصيب شريكه يومه وإن لم يملك غيره، وإن كان مديوناً واستغرقت القيمة ماله حتَّى يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما بقي بقيمة جميع نصيبه فذاك، وإلَّا أخذ حصَّته ويعتق جميع العبد، و(سرى العتق إلى باقيه) بنفس الإعتاق، وإن لم يؤدَّ القيمة كما يدلُّ عليه قوله: (وكانَ عليه قيمةُ نصيبِ شريكه) ما لم يكن مُستولداً بأن استولدها شريكه مُعسراً، وإلَّا فلا سراية حينئذٍ؛ لأنَّ النصيب المُستولد لا يقبلُ النَقْل، فإن كان موسراً بقيمة بعض نصيب شريكه اختصَّت السَّراية بذلك البعض.

ولو قال من يملك عشرة فقط لأحد شريكين متناصفين عبداً قيمته عشرون أعتق نصيبك عني على هذه العشرة ففعل عتق نصيبه عن المُستدعي، ولا سراية لزوال ملكه عن العشرة وعدم ملك غيرها، أو على عشرة في ذمتي ففعل عتق جميعه بناءً على حصول السَّراية بنفس الإعتاق، وأنَّ الدين لا يمنعه، فلو كانت قيمته عشرة والحالة هذه عتق جميعه واستحقَّ المستدعي منه عليه عشرة، والآخر خمسة؛ لأنَّها قيمة نصيبه، فلو حَجَرَ على المُستدعي تضارباً في العشرة التي معه أثلاثاً، ولو تعدَّد الشريك المعتق وجبَّ قيمة نصيب الشركاء على قدر الرُّؤوس وإن تفاوتت الأملاك، كما لو كان لواحد نصف العبد

وَلَا خَرَ ثُلُثُهُ وَلَا خَرَ سُدُسُهُ وَأَعْتَقَ الْأَخِيرَانِ نَصِييَهُمَا مَعًا، كَانَ فَوْضًا مَعًا أَوْ عَلَّقَاهُ بِصِفَةٍ وَاحِدَةٍ غَرِمَا قِيَمَةَ حَصَّةِ الشَّرِيكِ الثَّلَاثِ بِالسَّوِيَّةِ إِنْ أَيْسَرَ، فَإِنْ أَيْسَرَ أَحَدُهُمَا فَقَطَّ غَرِمَهَا وَحْدَهُ.

وخرَجَ بقوله: «أَعْتَقَ» ما لو عتَقَ عليه بلا إعتاقٍ، فإن لم يكن مُخْتَارًا للسببِ العِتْقِ بأن وِثَرَ بَعْضُ أَصْلِهِ أَوْ فَرَعُهُ لم يسرِ إلى باقيهِ، وإن كان مُخْتَارًا له بأن ملكه بشراءٍ أو هبةٍ أو وصيةٍ سَرَى إليه، ففي مفهوم «أَعْتَقَ» تفصيلٌ، ويمكنُ أن يريد بـ «أَعْتَقَ» تسبَّبَ في العِتْقِ فيشملُ الشُّقَّ الثَّانِي أيضًا.

(وَمَنْ مَلَكَ) بَعُوضٍ أَوْ غَيْرِهِ وَلَوْ قَهْرًا وَهُوَ حُرٌّ كُلُّهُ فخرَجَ مَنْ فِيهِ رَقٌّ وَلَوْ مُكَاتَبًا وَمُبْعَظًا وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ (وَاحِدًا) أَوْ أَكْثَرَ (مِنْ وَالِدِيهِ) بِكسْرِ الدَّالِ، وَإِنْ عَلَّوْا، وَلَوْ كَفَّارًا، سِوَاءَ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ (أَوْ مَوْلُودِيهِ) بِكسْرِ الدَّالِ، وَإِنْ سَفَلُوا، وَلَوْ كَفَّارًا، سِوَاءَ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ أَوْ مِنْهُمَا (عَتَقَ عَلَيْهِ) مع دخوله في ملكه كما قاله أبو إسحاق، أَوْ مَرْتَبًا عَلَى الْمَلِكِ كما قاله إمامُ الحرمين، ودَخَلَ في مَنْ الْمَرِيضِ مَرَضُ الْمَوْتِ، لَكِنْ إِنْ مَلَكَ بِلَا عَوْضٍ كإِثْرٍ عَتَقَ عَلَيْهِ مِنْ ثُلُثِهِ عَلَى مَا رَجَّحَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» وَ«الْمَنْهَاجِ»^(١)، لَكِنْ الَّذِي فِي الشَّرْحَيْنِ^(٢) وَ«الرَّوْضَةِ»^(٣) أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

وَإِنْ مَلَكَ بَعُوضٍ فَإِنْ كَانَ بِلَا مُحَابَاةٍ عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ وَلَا يَرِثُ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَعْتَقُ، بَلْ يُبَاعُ فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَ بِمُحَابَاةٍ كَأَنْ اشْتَرَى بِخَمْسِينَ مَا يُسَاوِي مِثْلَهُ عَتَقَ مِقْدَارُهَا مِنَ الثُّلْثِ أَوْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ وَالْبَاقِي مِنَ الثُّلْثِ.

(٢) «الشرح الكبير» (١٣/٣٤٤).

(١) «منهاج الطالبين» (ص ٣٥٩).

(٣) «روضة الطالبين» (١٢/١٣٤).

ولا يصح شراء الولي لموليه أحد أصوله أو فروعه، ولو وهب له أحدهم أو أوصى له به، فإن لم تجب نفقة الموهوب أو الموصى به كأن يكون كاسباً أو المولى معسراً لزم الولي القبول، وعتق على المولى، فإن أبى قبل له الحاكم، فإن أبى قبل هو إذا بلغ الوصية دون الهبة لبطلانها بتراضي القبول، أو وهب له بعض أحدهم أو أوصى له به قبله أو أوصى له به قبله الولي له إن كان معسراً.

وخرج بالوالدين والمولودين بقية الأقارب؛ لعدم ورود نص فيهم، وعدم كونهم في معنى من ورد فيه النص لانتفاء البعضية عنهم، وأما خبر: «من ملك ذا رحم محرم فقد عتق عليه» فضعيف، بل قال النسائي^(١): إنه منكر، والترمذي^(٢): إنه خطأ.



(١) «سنن النسائي الكبرى» (٤٨٧٧).

(٢) «جامع الترمذي» (١٣٦٥).

(فصل)

في الولاء

والواو للاستئناف في قوله: (وَالْوَلَاءُ) بالفتح والمَدُّ، وهو لغة: القرابة. وشرعاً: عصبية سببها العتق، (من حقوق العتق) وآثاره المترتبة عليه، فيثبت للعتق على العتيق وإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً وإن لم يتوارثا ما داماً كذلك.

(وَحُكْمُهُ حُكْمُ التَّعْصِيبِ) بالنسب (عِنْدَ عَدَمِهِ) أي: التَّعْصِيبِ بالنسب بأن لم يوجد عاصب من النسب، وقول الشارح^(١) «أي: عند عدم العتق فينتقل إلى عصباء المعتق» فيه نظر في أنه يُورث به جميع المال إن لم يوجد أحد من أصحاب الفروض، أو ما بقي بعد الفروض إن لم تستغرق المال، فإن وجد عصبية من النسب لم يُورث به شيء، وفي غير ذلك كولاية التزويج وتحمل الذية.

(وَيَنْتَقِلُ) أي: الولاء عن المعتق من حيث فائدته كالإرث به، وإلا فالولاء نفسه لا ينتقل، كما أن نسب الإنسان لا ينتقل عنه (إِلَى الذُّكُورِ مِنْ عَصَبِيَّةِ) فيرثون العتيق عند موت المعتق أو قيام مانع به، فإن الولاء يثبت لهم معه في حياته، فلو اعتق مسلم نصرانياً ومات في حياته وله ابن نصراني ورثه، فإن ضابطاً من يرث العتيق كل من لو مات المعتق يوم موت العتيق على دين العتيق ورثه.

وتقدم الأقرب فالأقرب من ورثته، فلو مات المعتق عن ابنتين فمات أحدهما وخلف ابناً فالولاء للابن دون ابن الابن، ولو مات الآخر وخلف تسعة بنين فالولاء بين العشرة بالسوية، فإذا مات العتيق ورثوه أعشারা، وخرج بالذكور من عصبية الإناث من عصبية كالبنت مع الابن والأخت مع البنت.

(١) الحيصي في «كفاية الأخيار» (ص ٥٧٨).

والحاصل أن من يثبت له الولاء من ورثة المعتق عصيته المتعصبون بأنفسهم دون عصيته بغيره ومع غيره، فإن المرأة لا ترث بالولاء إلا من عتيقها وأولاده وعتقائه، ثم بعد الذكور من عصبة معتقه ثم عصيته وهكذا.

واعلم أن الولاء على ضربين: ولأء مباشرة، وهو: الذي يثبت على من مسه رق لمن وقع عنه العتق، ولأء سراية، وهو: الذي يثبت على من لم يمسه رق من جهة أصوله؛ لأن النعمة على الأصل نعمة على الفرع، وتفصيل ذلك في المطولات.



(فَصْلٌ) فِي التَّدْبِيرِ

وهو: تعليق العتق بالموت.

(وَمَنْ) عَلَّقَ مُخْتَارًا مَكْلَفًا وَلَوْ مَفْلَسًا وَسَفِيهَا وَكَافِرًا أَصْلَبًا وَمَرْتَدًّا عَادًا إِلَى الْإِسْلَامِ عِتْقَ عَبْدِهِ مَثَلًا بِالْمَوْتِ بِلَفْظٍ صَرِيحٍ فِيهِ، كَأَن (قَالَ لِعَبْدِهِ) مَثَلًا وَلَوْ مَكَاتِبًا: (إِذَا) أَوْ مَتَى (مِتُّ) بَضْمُ التَّاءِ (فَأَنْتَ حُرٌّ) أَوْ عِتِيقٌ، أَوْ فِيدُكَ حَرَّةٌ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ، أَوْ حَرَّرْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ دَبَّرْتُكَ، أَوْ أَنْتَ مَدْبَرٌّ، أَوْ دَبَّرْتُ نَصْفَكَ مَثَلًا، وَإِذَا مَاتَ فِي هَذِهِ عَتَقَ ذَلِكَ الْجِزءُ فَقَطْ وَلَا يَسْرِي، وَفِي «دَبَّرْتُ يَدَكَ» وَجِهَانِ أَصْحُهُمَا أَنَّهُ تَدْبِيرٌ صَحِيحٌ لَجَمِيعِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ قَبْلَ التَّعْلِيقِ صَحٌّ إِضَافَتُهُ إِلَى بَعْضٍ مَحَلُّهُ، أَوْ كِنَايَةٌ مَعَ النِّيَّةِ كـ «خَلَيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي»، أَوْ «إِذَا أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ مَسِيَّبٌ»^(١).

(فَهُوَ مُدْبَرٌّ) أَي: مَعْلُوقٌ عَتَقَهُ بِالْمَوْتِ وَيُسَمَّى بِذَلِكَ، وَكَذَا وَلَدُ الْأُمِّ حَيْثُ كَانَتْ حَامِلًا بِهِ فِي وَقْتِ التَّدْبِيرِ وَالْمَوْتِ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَسْتثنِهِ حَالُ التَّدْبِيرِ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا حِينَئِذٍ، فَإِنْ اسْتثنَاهُ صَحٌّ إِنْ وَلَدَتْهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ لَا بَعْدَهُ، وَيَصِحُّ تَقْيِيدُهُ كـ «إِنْ مِتُّ فِي هَذَا الشَّهْرِ» أَوْ «مِنْ هَذَا الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ»، فَإِنْ وُجِدَتِ الصِّفَةُ وَمَاتَ عَتَقَ، وَإِلَّا فَلَا، وَمَعْلَقًا كـ «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي»، فَإِنْ وُجِدَتِ الصِّفَةُ وَمَاتَ عَتَقَ، وَإِلَّا فَلَا»^(٢).

وَيُسْتَرْطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَإِنْ قَالَ: «إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ» أَوْ «أَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ أَوْ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ أَوْ شَهْرٍ مَثَلًا» فَلَيْسَ بِتَدْبِيرٍ، بَلْ هُوَ تَعْلِيقُ عِتْقٍ

(١) فِي (ش): «حَسِبَ». وَفِي (ن): «سَبَبَ».

(٢) «الشرح الكبير» (١٣/٤٠٩)

صفة، واشترط في الأولى الدُّخُولُ بعدَ المَوْتِ، فإن قال فيها ودخلت اشترط الدُّخُولُ بعدَ الموتِ أيضًا، إلَّا أن يريدَ قبله، فعُلِمَ أنَّه متى علَّق العِتَقَ بشيءٍ آخرَ بعدَ المَوْتِ، أو قيَّده بوقتٍ قبلَ المَوْتِ أو بعده لم يكن تدييرًا.

وحُكِمَ المُدَبِّرُ أَنَّهُ (يَعْتَقُ بَعْدَ وَفَاتِهِ) أي: السَّيِّدُ؛ لوجودِ الصِّفَةِ (مِنْ ثُلُثِهِ) أي: من ثُلُثِ مالِ السَّيِّدِ بعدَ الديونِ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ يَلْزَمُ بالمَوْتِ، فيكونُ مِنَ الثُّلُثِ كالْوَصِيَّةِ (وَيَجُوزُ) أي: يَحِلُّ وَيَصِحُّ (لَهُ) أي: لسيِّدِ المُدَبِّرِ الرَّشِيدِ (أَن) يتصرَّفَ فيه بما يزيلُ الملكَ، كأنَّ (بَيْعَهُ) أو يهبه أو يوصي به؛ لأنَّ عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا باعَتْ مَدْبَرَةَ سَحَرَتِهَا^(١). ولم ينكر ذلك أحدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ.

ولوليِّ السَّفِيهِ بيعُهُ بالمصلحة، وقوله: (فِي حَالِ حَيَاتِهِ) إيضاحٌ، (و) حيثُ زالَ الملكُ عنه كأنَّ باعَهُ بَتًّا، أو بشرطِ الخيارِ للمُشْتَرِي، أو انقطعَ الخيارُ أو وهبه وأقبضه (يَبْطُلُ تَدْيِيرُهُ) فإن زالَ الملكُ عن بعضِهِ فقط بقيَ التَّدييرُ في الباقي.

(وَحُكِمَ المُدَبِّرُ فِي حَالِ حَيَاةِ السَّيِّدِ كَحُكْمِ الْعَبْدِ الْقَيْنِ) أي: الخالصِ مِنْ أسبابِ العِتَقِ كالتَّدييرِ ونحوه، فله استخدامُهُ وتزويجُ الأُمَةِ ووطئُها، ولا يبطلُ التَّدييرُ بذلك، فإن أُلْدَهَا بطلَ، ولو قتلَ فله قيمته، أو جرحَ فله أَرْشُهُ، ولو كاتبَهُ أو دَبَّرَ المكاتبَ صحَّ وعَتَقَ فيهما بالأسبقِ مِنَ المَوْتِ وأداءِ النُّجُومِ، كما تبعه ولدهُ وكسبه وإن عَتَقَ بالمَوْتِ.



(١) رواه الشافعي (ص ٢٢٦)، والحاكم (٧٥١٦)

قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٦١/٤) «إسناده صحيح».

(فَصْلٌ) فِي الْكِتَابَةِ

وهي عقدٌ عتيقٌ بلفظها يعوضُ مُنْجَمَ بنجمينِ فأكثر.

(وَالْكِتَابَةُ مُسْتَحَبَّةٌ) لا واجبةٌ، والأمرُ في آيتها بعدَ حظيرٍ، وهو مقابلةُ ماله بماله، ومثله الإباحةُ على أحدِ القولين^(١)، فيكونُ استحبابُها من خارجٍ.

وإنما تُسْتَحَبُّ (إِذَا سَأَلَهَا الْعَبْدُ) ومثله الأمةُ ليوثقَ بتحصيلِ النجومِ (وَكَانَ مَأْمُونًا)؛ لأنَّ غَيْرَهُ يَضِيعُ ما يحصلُ فلا يعتقُ، وقد يؤخذُ منه ضبطُ المأمونِ بمن لا يضيّعُ، وكان (مُكْتَسِبًا) أي: قادرًا على كسبِ يَفِي بمؤنته والنجومِ؛ لأنَّ غَيْرَهُ لا يوثقُ بتحصيلِ النجومِ.

وهذه الأمرينِ فسرَ الشافعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الخبرَ في الآية^(٢)، فإن انتفت هذه الشروطُ كانت مباحةً، ولا تكررُ بحالٍ، لكن بحثَ بعضهم أنه لو كان فاسقًا يضيّعُ كسبه في الفسقِ، ولو استولى عليه السيّدُ امتنعَ من ذلك، كُرِهَتْ^(٣) حينئذٍ، بل قد تحرّم، فليُتَأَمَّلَ.

(وَلَا تَصِحُّ) الكتابةُ إلّا بإيجابِ كـ «كَاتِبُكَ»، وقبولِ فورًا، ولا تصحُّ (إِلَّا بِمَالٍ) في الذمّةِ فلا تصحُّ على المُعَيَّنِ، (مَعْلُومٍ) قدرًا وصفةً، فيشترطُ تبينُ التقديرِ إن لم يكنْ بمحلِّ العقدِ نقدًا غالبًا، واختلفت قيمةُ النقودِ، وإلّا كَفَى الإطلاَقُ، ويصِفُ العِوَضُ بصفةِ السَّلَمِ.

ولا بدَّ أن يكونَ مؤجَّلًا (إِلَى أَجَلٍ) أي: وقتٍ (مَعْلُومٍ) متعدّدٍ (أَقْلَهُ نَجْمَانِ)

(١) في (ع)، (ن): «الأقوال».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٤٧٢).

(٣) في (ع): «وكرهت».

أي: وقتان بأن يُوجَّل بعضه إلى وقت معلوم وبعضه إلى وقت آخر كذلك تساوى المبعضان أو تفاوتا؛ كـ «كاتبك على مئة تؤدِّي نصفها في وقت كذا ونصفها الآخر في وقت كذا»، أو «تؤدِّي ثلثها في وقت كذا وثلثيها في وقت كذا»، أو «على دينارٍ وثوبٍ صفته كذا تؤدِّي الدينار في وقت كذا والثوب في وقت كذا»، ويُشترط أن يقول: «فإذا أدَّيتها أو برئت منها فأنت حرٌّ» أو ينوي ذلك، ويقول العبد فوراً: «قيلت».

(وهي) أي: الكتابة (من جهة السيّد) متعلّق بقوله: (لازمة) فليس له فسخها إلا بسبب؛ كأن عجز المكاتّب عند المحلّ عمّا لا يجب حطّه ولو بعض النجم فله الفسخ بنفسه أو بالحاكم، فلا تنفسخ بمجرد عجزه، ولا يلزم الفور في هذا الفسخ بل له تأخيرُه ما شاء كفسخ الإعسار.

قال في «أصل الرّوضة»^(١): وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنّه إذا ثبت عجزه بإقراره أو بالبيّنة فللسيّد فسخ الكتابة، وينبغي ألاّ يشترط إقراره بالعجز ولا قيام البيّنة عليه؛ لأنّا سنذكر أنّه لو امتنع من الأداء ثبت حقّ الفسخ، وإذا لم يؤدّ فهو ممتنع إن لم يكن عاجزاً. انتهى.

وإذا فسخ بالقاضي فلا بدّ من ثبوت الكتابة وحلول النجم عنده، وكان امتنع من الأداء بعد المحلّ مع القدرة عليه فللسيّد الفسخ^(٢)، ولا يجبر هو على الأداء، وكان حلّ النجم وهو غائب، أي: ولو إلى دون مسافة^(٣) الفضر كما بحثه في «المطلب»^(٤) كما في «الكفاية»^(٥)، أو فوق مسافة العدوى كما هو

(١) «الشرح الكبير» (١٣/ ٥١٠). (٢) في (ش): «فسخه».

(٣) فوقه في (ع): «ضعيف».

(٤) «الحز في هامش (ع) مصحّحاً بحط معابر: «أو إلى مسافة فضر». وكتب فوقه: «معتمد».

(٥) «كفاية البية في شرح التبيه» (١٢/ ٣٧٩).

القياس في «شرح الرّوض»^(١) ولو بإذن السيّد، أو غاب بعد حلوله بغير إذنه فله الفسخ بنفسه، ويشهد عليه لثلاً يكذّبه المكاتب، ولا يلزمه تأخير الفسخ، وإن عذّر المكاتب بعدم الحضور لنحو مرضه أو خوف الطريق، وكذا بالحاكم.

قال في «أصل الرّوضة»^(٢): وإذا رُفِعَ إلى الحاكم فلا بدّ أن يثبت عنده حلول النّجم وتعذّر التّحصيل، ويحلّفه الحاكم مع ذلك؛ لأنّه قضاء على الغائب. قال الصّيدلانيّ: يحلّفه أنّه ما قبض النّجوم منه ولا من وكيله ولا أبرأه، أي: ولا أنظره فيه كما نصّ عليه الشّافعيّ والعراقيّون^(٣)، ولا أحال به ولا يعلم له مالاً حاضراً، وذكر الحوالة مبنية على جواز الحوالة بالنّجوم، ولو كان مال المكاتب الغائب حاضراً لم يؤدّ^(٤) الحاكم النّجوم منه، ويُمكن السيّد من الفسخ؛ لأنّه ربّما عجز نفسه لو كان حاضراً ولم يؤدّ المال. انتهى.

واستشكل الإسويّ^(٥) هذا الأخير مع قوله قبله أن يحلّفه أنّه لا يعلم له مالاً حاضراً بأنّهما لا يجتمعان.

أقول: ويُستشكل أيضاً مع قوله قبل: وتعذّر التّحصيل، فليتأمل.

والوجه ضعف ما في أحد المحلّين، وفي «أصل الرّوضة»^(٦) يحصل الفسخ بقول السيّد: فسخت الكتابة ونقضتها ورفعناها وأبطلناها وعجزت المكاتب. انتهى.

وبهذا مع ما يأتي في قول المصنّف: «وله تعجيز نفسه» يُعلم الفرق بين تعجيز السيّد وتعجيز المكاتب، وأنّ الأوّل فسخ بخلاف الثاني.

(٢) «الشرح الكبير» (١٣/٥١٢).

(٤) فوّقه في (ع) «معتمد».

(٦) «الشرح الكبير» (١٣/٥١٦).

(١) «أسنى المطالب» (٤/٤٨٦).

(٣) «أسنى المطالب» (٤/٤٨٧).

(٥) «المهمات» (٩/٤٩٦).

(و) الكتابةُ (مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ الْمُكَاتَبِ) متعلِّقٌ بقوله: (جَائِزَةٌ، وَ) حينئذٍ (لَهُ) الامتناعُ مِنَ الْأَدَاءِ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ، وَلَهُ (تَعْجِيزُ نَفْسِهِ) بقوله: «أَنَا عَاجِزٌ عَنْ كِتَابَتِي» مع تَرْكِهِ الْأَدَاءِ، وَحِينَئِذٍ فَلِلسَّيِّدِ الْفُسْخُ كَمَا قَالَ فِي «الْمَنْهَاجِ»^(١) فإِذَا عَجَزَ نَفْسَهُ فَلِلسَّيِّدِ الصَّبْرُ وَالْفُسْخُ بِنَفْسِهِ وَإِنْ شَاءَ بِالْحَاكِمِ. انْتَهَى. وَهُوَ صَرِيحٌ فِي عَدَمِ انْفِسَاخِهَا بِمُجَرَّدِ التَّعْجِيزِ.

(و) لِلْمُكَاتَبِ (فُسْخُهَا مَتَى شَاءَ) وَإِنْ لَمْ يَعْجِزْ نَفْسَهُ.

(وَلِلْمُكَاتَبِ) أَي: لَا لِسَيِّدِهِ كَمَا يَفِيدُهُ تَقْدِيمُ الْجَارِّ وَالْمَجْرُورِ، فَلَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي شَيْءٍ مِمَّا فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ، بَلْ لَا فِيهِ نَفْسُهُ فَيَمْتَنِعُ عَلَيْهِ بَيْعُهُ وَهَبُهُ، نَعَمْ إِنْ رَضِيَ بِالْبَيْعِ صَحَّ وَكَانَ رِضَاهُ فُسْخًا لِلْكِتَابَةِ، وَقَالَ الْبُلْقَيْنِيُّ: يَصِحُّ بَيْعُهُ مِنْ نَفْسِهِ وَتَرْفَعُ الْكِتَابَةُ وَيَعْتَقُ لَا عَنْ جِهَتِهَا فَلَا يَسْتَبَعُ كَسْبًا وَلَا وَلَدًا.

(التَّصَرُّفُ) بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفِ (فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ) وَلَوْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ تَحْصِيلَ الْعِتْقِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِالتَّصَرُّفِ إِلَّا مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ؛ كَبَيْعٍ بَدُونِ ثَمَنِ الْمَثَلِ، وَكَهَبَةٍ وَصَدَقَةٍ وَوَصِيَّةٍ، وَتَعْجِيلِ دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، وَإِعْتَاقٍ وَلَوْ عَنْ كَفَّارَةٍ^(٢)، وَكِتَابَةِ لِرَقِيقِهِ، وَتَبْطِطٍ فِي أَكْلِ وَلِبْسٍ، أَوْ فِيهِ خَطَرٌ كَالشُّرَاءِ سَلَمًا؛ لِأَنَّ فِيهِ تَسْلِيمَ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ وَانْتِظَارَ الْمُسْلَمِ فِيهِ، وَتَسْلِيمِ الْعَوَضِ قَبْلَ الْمَعْوَضِ فِي الْبَيْعِ وَالشُّرَاءِ، فَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَ الرُّقِّ جَارِيَةٌ عَلَيْهِ.

(و) يَجِبُ (عَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مَا يَسْتَعِينُ بِهِ) فِي الْعِتْقِ وَلَوْ أَقْلٌ مَتَمَوِّلٌ، وَلَوْ تَعَدَّدَ السَّيِّدُ وَاتَّحَدَ الْمُكَاتَبُ وَجَبَ ذَلِكَ لِكُلِّ مَنِهْمَا نَبَهَ عَلَى ذَلِكَ النَّاشِرِيُّ فِي «نُكْتِهِ».

(٢) فِي (ش) «كَفَّارَتِهِ»

(١) «مَنْهَاجُ الطَّالِبِينَ» (ص ٣٦٦).

والمستحبُّ وُضِعَ الرُّبْعُ إِلَّا فَالسَّبْعُ، أو يَدْفَعُ إِلَيْهِ ذَلِكَ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ مِنَ الْمَالِ الْمَقْبُوضِ مِنْهُ أَوْ مِنْ جَنْسِهِ وَجَبَ الْقَبُولُ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ جَازَ الْقَبُولُ وَلَمْ يَجِبْ، وَالْوَضْعُ أَفْضَلُ مِنَ الدَّفْعِ، وَفِي النَّجْمِ الْآخِرِ أَفْضَلُ، قَالَ الْمَاوَرَدِيُّ^(١): «لَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ أَنْ يَعْطِيَهُ وَأَرَادَ الْعَبْدُ الْحَطَّ أُجِبَ الْعَبْدُ؛ لِأَنَّهُ يَرُومُ تَعَجِيلَ الْعِتْقِ، نَعَمْ لَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ النَّجْمِ أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ وَلَوْ بَعُوضٍ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ، وَكَذَا لَوْ كَاتَبَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ، وَالثُّلُثُ لَا يَحْتَمِلُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، أَوْ كَاتَبَهُ عَلَى مَنْفَعَتِهِ كَمَا قَالَه الْمَحَامِلِيُّ وَالْجُرْجَانِيُّ، وَوَقْتُ الْوَجُوبِ مَا قَبْلَ الْعِتْقِ، فَإِنْ أَخَّرَ عَنْهُ أَثَمَ وَكَانَ قَضَاءً»^(٢).

وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْخُرُوجِ عَنِ الْوَاجِبِ لَزِمَ الْوَارِثُ أَوْ وَلِيُّهُ، ثُمَّ إِنْ بَقِيَ الْمَقْبُوضُ تَعَلَّقَ بَعِيْنُهُ حَتَّى يُقَدَّمَ عَلَى مُؤَنِ التَّجْهِيزِ، وَإِلَّا قُدِّمَ الْوَاجِبُ عَلَى الْوَصَايَا، وَلَوْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَدَا قَدَرَ الْوَاجِبِ لَمْ يَسْقُطْ، وَلَا تَقَاصُّ وَلَا تَعَجِيزٌ، بَلْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَفْصَلَهُ بِطَرِيقِهِ.

(وَلَا يَعْتَقُ) الْمُكَاتَبُ وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ (إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْمَالِ) الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، قَالَ الْإِصْطَخَرِيُّ فِي «أَدَبِ الْقَضَاءِ»: «لَوْ بَقِيَ مِنْهُ حَبَّةٌ وَاحِدَةٌ فَالْكِتَابَةُ بَاقِيَةٌ (بَعْدَ الْقَدْرِ الْمَوْضُوعِ عَنْهُ)»^(٣).



(١) «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» (١٨ / ١٩٠). (٢) «أَسْنَى الْمَطَالِبِ» (٤ / ٤٨٤).

(٣) بَعْدَهُ بَيَاضٌ فِي (ع) وَكُتِبَ بِالْهَامِشِ: «فِي الْأَصْلِ هُنَا بَيَاضٌ نَحْوُ حَمْسَةِ أَسْطُرٍ». وَكُتِبَ هَامِشٌ (هـ) «فِي أَصْلِ بَعْضِ أَصُولِنَا هُنَا بَيَاضٌ نَحْوُ حَمْسَةِ أَسْطُرٍ».

(فصل)

في المستولدة

(وَإِذَا أَصَابَ) أَي: وَطِئَ (السَّيِّدُ) الْحُرُّ أَوِ الْمُبْعُضُ لَا الْمَكَاتِبُ وَلَوْ مَجْنُونًا وَمُكْرَهًا وَمَحْجُورًا عَلَيْهِ بِسَفَهٍ (أَمَنَةً) وَإِنْ حُرِّمَ وَطُؤُهَا لَنَحْوِ حَيْضٍ أَوْ نَفَاسٍ أَوْ تَزْوُجٍ أَوْ عَدَمِ اسْتِبْرَاءٍ، أَوْ إِسْلَامِهَا وَهُوَ كَافِرٌ، أَوْ مُحَرَّمَةٌ بَيْنَهُمَا بِنَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ مِصَاهَرَةٍ، أَوْ اسْتَدْخَلَتْ ذَكَرَهُ أَوْ مَاءَهُ الْمُحْتَرَمَ وَحَبِلَتْ مِنْهُ (فَوَضَعَتْ) لِأَقْلٍ مَدَّةِ الْحَمْلِ أَوْ لِمَا فَوْقَهَا فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ بِحَيْثُ يُنْسَبُ الْوَضْعُ إِلَيْهِ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا وَلَوْ أَحَدَ تَوَءَمِينَ وَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلِ الْآخَرُ مُطْلَقًا كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ لَوْجُودِ مُسَمًّى الْوِلَادَةِ وَلَوْ (مَا يَبِينُ فِيهِ) لِأَرْبَعِ نِسَوَةٍ أَوْ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ (شَيْءٌ مِنْ) صُورَةٍ (خَلَقَ آدَمِيًّا) كَمُضْغَةٍ أَوْ بَعْضِهَا فِيهَا صُورَةُ آدَمِيٍّ أَوْ شَيْءٍ مِنْ صُورَتِهِ، كَمَا شَمِلَتْهُ عِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ، وَأَخَذَ الدَّمِيرِيُّ^(١) وَالزَّرْكَشِيُّ مِنْ قَوْلِ «الْمَنْهَاجِ»^(٢): «أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غَرَّةٌ» أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ انْفِصَالُ جَمِيعِهِ، فَلَوْ أَخْرَجَ رَأْسَهُ وَبَاقِيَهُ مَجْتَنِيًّا ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ عَتَقَتْ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَبِهِ صَرَّحَ الدَّارِمِيُّ هُنَا فَقَالَ: وَكَذَا لَوْ وَضَعَتْ عَضْوًا وَضَعَتْ الْبَاقِي أَوْ لَمْ تَضَعْ^(٣). انْتَهَى.

وَأَقُولُ فِيهِ أَخَذًا وَمَعْنَى نَظَرٍ ظَاهِرٍ: أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلَأَنَّ عِبَارَةَ «الْمَنْهَاجِ»^(٤) هَكَذَا: فَوَلَدَتْ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غَرَّةٌ. وَظَاهِرٌ أَنَّهُ لَا يَصْدَقُ عَلَى خُرُوجِ رَأْسِهِ مُتَّصِلًا قَوْلُهُ وَلَدَتْ مَا تَجِبُ فِيهِ غَرَّةٌ، وَلَأَنَّ قَوْلَ الدَّارِمِيِّ: «وَضَعَتْ عَضْوًا» ظَاهِرٌ فِي انْفِصَالِهِ عَنِ الْبَاقِي، وَذَلِكَ فِي حُكْمِ الْوِلَادَةِ الْمَعْبَرِ بِهَا فِي النُّصُوصِ،

(١) «منهاج الطالبين» (ص ٣٦٩).

(٢) «النعم الوهاج في شرح المنهاج» (١٠/٥٨٥).

(٤) «منهاج الطالبين» (ص ٣٦٩).

(٣) «أسى المطالب» (٤/٥٠٧).

وفي كلامهم؛ إذ هو ولادةٌ لذلك العضو فكيف يُقاس عليه خروجُ العضو متصلاً بالباقي، مع أنه ليس ولادةٌ ولا حُكْمُهَا.

ثُمَّ رَأَيْتُ السَّيِّدَ السَّنْهُودِيَّ لَمَّا ذَكَرَ مَا تَقَدَّمَ عَنِ الدَّمِيرِيِّ وَالزَّرْكَشِيِّ، قَالَ: قُلْتُ: وَفِي الْحَاقِ إِخْرَاجِ الْجَنِينِ رَأْسَهُ مَعَ اسْتِمْرَارِ اجْتِنَانِ بَاقِيهِ بِوَضْعِ الْعَضْوِ فِي كَوْنِ ذَلِكَ يُفْهَمُ مِنْ تَعْبِيرِ الْمُصَنِّفِ أَوْ مُقْتَضَى عِبَارَتِهِ نَظْرًا، وَكَذَا اعْتِبَارُ الْوِلَادَةِ لَمَّا تَجَبُّ بِهِ غَرَّةٌ، وَمُجَرَّدُ خُرُوجِ الرَّأْسِ لَا يُسَمَّى وَلَادَةً. انْتَهَى.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلَأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَدَارُ عَلَى الْعِلْمِ بِوُجُودِ الْحَمْلِ فَلْيُحْكَمْ بِمُجَرَّدِ الْمَوْتِ بَعْتِهَا حَيْثُ عُلِمَ وَجُودُهُ وَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ مِنْهُ شَيْءٌ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ الْمَدَارُ عَلَى الْوِلَادَةِ وَلَوْ حَكْمًا فَمُجَرَّدُ خُرُوجِ الرَّأْسِ لَا يُسَمَّى وَلَادَةً وَلَا حَكْمًا، وَجَعَلَ الْمَدَارَ عَلَى ^(١) الْعِلْمِ بِوُجُودِهِ بِشَرْطِ بَرُوزِ شَيْءٍ مِنْهُ مِمَّا لَا مَعْنَى لَهُ كَمَا لَا يَخْفَى، فَلْيُتَأَمَّلْ.

(حَرَمٌ عَلَيْهِ بَيْعُهَا) وَكَذَا وَلَدُهَا التَّابِعُ لَهَا وَلَمْ يَصَحَّ، بَلْ لَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بِصَحَّتِهِ نَقَضَ حُكْمَهُ، نَعَمْ يَصَحُّ بَيْعُهَا مِنْ نَفْسِهَا؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ عِتَاقَةٍ لَا مَمَّنْ تَعْتَقُ عَلَيْهِ وَلَا مَمَّنْ أَقْرَبَ بِحُرَّتِهَا خِلَافًا لِلزَّرْكَشِيِّ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ بَيْعُ حَقِيقَةٍ مِنَ الطَّرَفَيْنِ وَإِنْ تَرْتَّبَ عَلَيْهِ الْعِتْقُ، وَالثَّانِي بَيْعُ حَقِيقَةٍ مِنْ طَرَفِ الْبَائِعِ (وَرَهْنُهَا) وَلَمْ يَصَحَّ؛ لِأَنَّهُ يَسْلُطُ عَلَى الْبَيْعِ (وَهَبْتُهَا)؛ لِأَنَّهَُا تَنْقُلُ الْمَلِكَ.

وَمِمَّا يَمْتَنِعُ أَيْضًا الْوَصِيَّةُ بِهَا وَوَقْفُهَا وَتَدْبِيرُهَا، وَتُقَدَّمُ صَحَّةُ كِتَابَتِهَا، وَفَرْضُ الْمُصَنِّفِ هَذِهِ الْأَحْكَامَ فِيمَا بَعْدَ الْوَضْعِ لَا يَنَافِي جَرَيَانُهَا حَالَ الْحَمْلِ أَيْضًا.

(وَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِالْإِسْتِخْدَامِ وَالْوِطْءِ) وَالْإِجَارِ وَالْإِعَارَةِ وَالتَّزْوِيجِ بغيرِ إِذْنِهَا لِبَقَاءِ مُلْكِهِ عَلَيْهَا، وَقَدْ يَمْتَنِعُ الْوِطْءُ لِعَارِضٍ بِأَن كَانَتْ مُسَلِّمَةً وَهُوَ

كافر، ويمتنع هنا التزويج أيضًا، أو موطوءة ابنه أو محرماً له، أو كان مُبْعَصًا وإن أذن مالك بغضه، وقد يمتنع الاستخدام وما ذُكِرَ معه بأن كانت مكاتبته.

(وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ عَتَقَتْ) من حين الموت وإن تأخر الوضع عنه كما رجَّحه بعضهم وهو الظاهر (مِنْ رَأْسِ مَالِهِ) لا مِنْ ثُلُثِهِ، وإن أحبَّها في المرض، أو نجَّز عتقها فيه، أو أوصى بها من الثلث كما بحثه الزركشي^(١) (قَبْلَ) إيفاء (الدُّيُونِ وَ) إخراج (الْوَصَايَا) وأخذ الميراث، بمعنى أنه يُقدِّم عتقها على جميع ذلك، حتى لو لم يملك غيرها لم يمنع ذلك عتق جميعها.

(وَوَلَدُهَا) الحادث بعد الاستيلاد (مِنْ غَيْرِهِ) بزوجة أو شبهة أو زناً (بِمَنْزِلَتِهَا) في أنه ملك للسَّيِّد، وأنه يمتنع على السَّيِّد نحو بيعه، وأنه يجوز له التصرف فيه بنحو الاستخدام، لكن يمتنع عليه وطء بنتها لحرمتها بوطء أمها، وأنه يعتق بموت السَّيِّد وإن ماتت أمه في حياته، نعم لو وطئها من غر بخرتها أو ظنَّها زوجته الحرة انعقد ولدها حراً، ولزمه قيمته للسَّيِّد، وخرج بالحادث بعد الاستيلاد الحادث قبله، فلا يعتق بموت السَّيِّد، وله التصرف فيه بنحو البيع، وبكونه من غيره الحادث منه، فهو حرٌّ وإن ظنَّها زوجته الأمة.

(وَمَنْ أَصَابَ) أي: وطئ (أمة غيره بنكاح) لا غرور فيه بالحرية وإن كانت أمة فرعه كان نكح حرٍّ أمة بشرطه ثم ملكها فرعه، فإنه لا يفسخ نكاحه بذلك، وإن حرَّم على الأصل الحرَّ نكاح أمة فرعه؛ لأنه يُغتفر في الدوام ما لا يُغتفر في الابتداء، وأولدها (فَوَلَدُهُ مِنْهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا)؛ لأن الولد يتبع الأم رقاً وحرية (وإن أصابها) أي: وطئ حرٍّ أمة غيره (بشبهة) تقتضي حرية الولد؛ كأن ظنَّها زوجته الحرة (فَوَلَدُهُ مِنْهَا حُرٌّ) عملاً بظنه، (وعليه قيمته للسَّيِّد) بخلاف ما لو

(١) يطر: «أسى المطالب» (٥٠٧/٤)

ظَنُّهَا زَوْجَتَهُ الْأُمَّةَ، أَوْ عَلِمَ الْحَالُ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ.

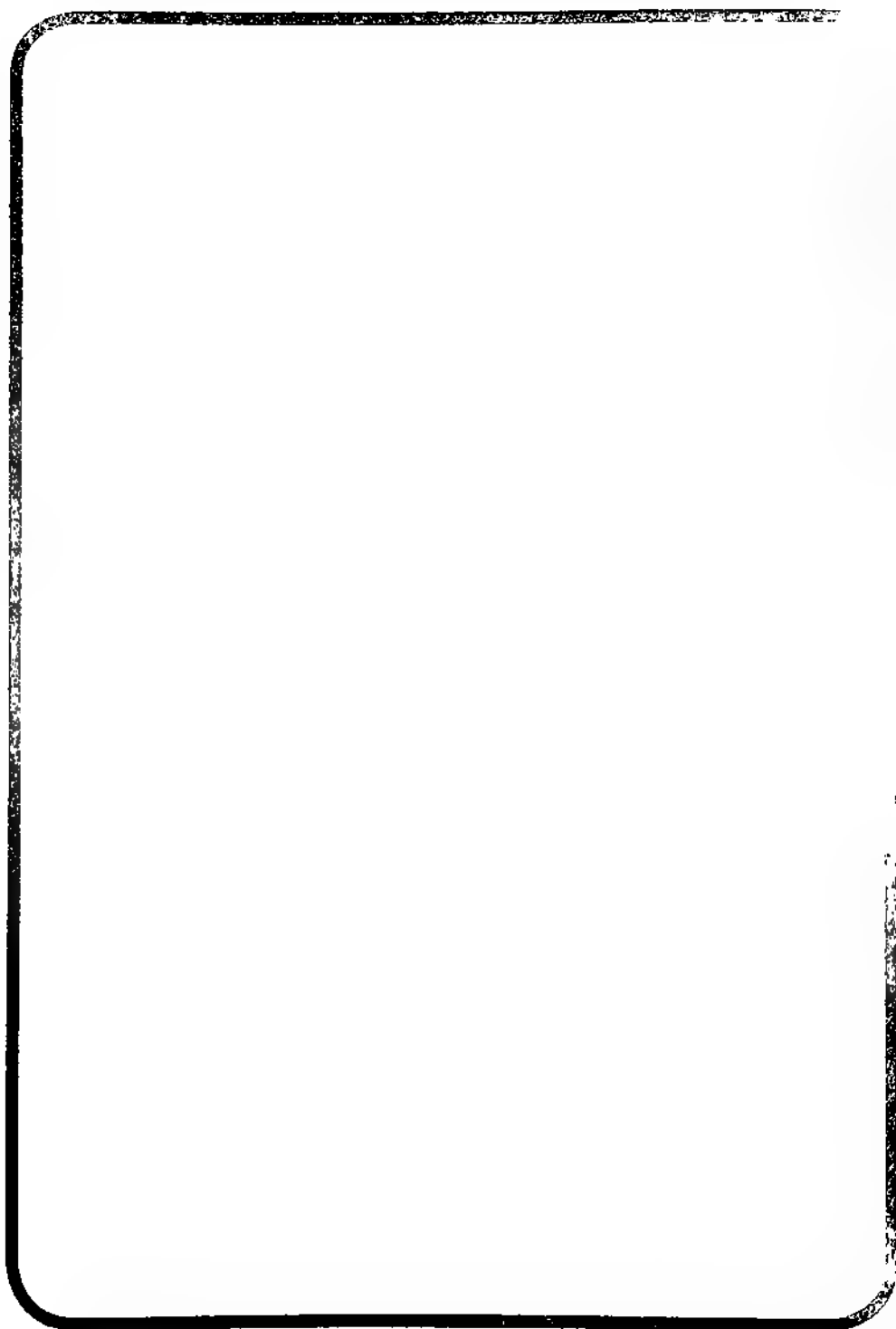
نَعَمْ لَوْ وَطِئَ أُمَةٌ فَرْعَهُ عَالِمًا بِالْحَالِ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ كَانَ حُرًّا نَسَبِيًّا وَإِنْ كَانَ هُوَ رَقِيقًا كَمَا نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ^(١) عَنِ الْقَفَّالِ وَأَقْرَأَهُ، وَإِنْ قَالَ الْقَاضِي إِنَّهُ رَقِيقٌ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَطَالِبُ بِقِيَمَةِ الْوَلَدِ بَعْدَ عَتَقِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُكَاتَبًا فِي الْحَالِ أَوْ مُبْعَضًا بِقَسْطِ الْحُرِّيَّةِ فِي الْحَالِ وَالْبَاقِي بَعْدَ عَتَقِهِ وَتَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةٌ لِلْأَبِ الْحُرِّ مَا لَمْ تَكُنْ مُسْتَوْلَدَةً لِفَرْعِهِ.

(وَإِنْ مَلَكَ الْأُمَّةَ) الْمَوْطُوءَةُ لَهُ فِي النِّكَاحِ (الْمُطَلَّقَةُ) مِنْهُ (بَعْدَ ذَلِكَ) أَي: بَعْدَ تَطْلِيلِهَا أَوْ مَلَكَهَا بِدُونِ تَطْلِيلِهَا (لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ بِالْوَطْءِ) أَي: بِسَبَبِ الْإِيلَادِ بِالْوَطْءِ الْوَاقِعِ (فِي النِّكَاحِ) لَانْتِفَاءِ إِحْبَالِهَا مِنْ سَيِّدِهَا (وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ بِالْوَطْءِ) أَي: بِالْإِحْبَالِ بِسَبَبِ الْوَطْءِ (بِالشُّبْهَةِ) كَأَنْ وَطِئَهَا ظَانًّا أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْخُرَّةُ أَوْ أُمُّهُ إِذَا مَلَكَهَا بَعْدَ ذَلِكَ (عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ) لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِحُرٍّ وَهُوَ سَبَبٌ فِي الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَصِيرُ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ فِي غَيْرِ مَلَكَهَ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَلِقَتْ بِهِ فِي النِّكَاحِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبُت.

تَمَّ الْكِتَابُ عَلَى يَدِ الْعَبْدِ الْحَقِيرِ صَالِحِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ الشَّيْبِيِّ الشَّهِيرِ بِالنُّوسِيِّ الشَّافِعِيِّ الْكَاتِبِ بِمَحْكَمَةِ بُولَاقَ، وَكَانَ الْفَرَاغُ مِنْ إِكْمَالِهِ فِي أَوَاخِرِ ذِي الْحِجَّةِ خِتَامَ عَامِ تِسْعٍ وَعَشْرِينَ وَأَلْفَ.

وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمْ تَسْلِيمًا كَثِيرًا، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ.

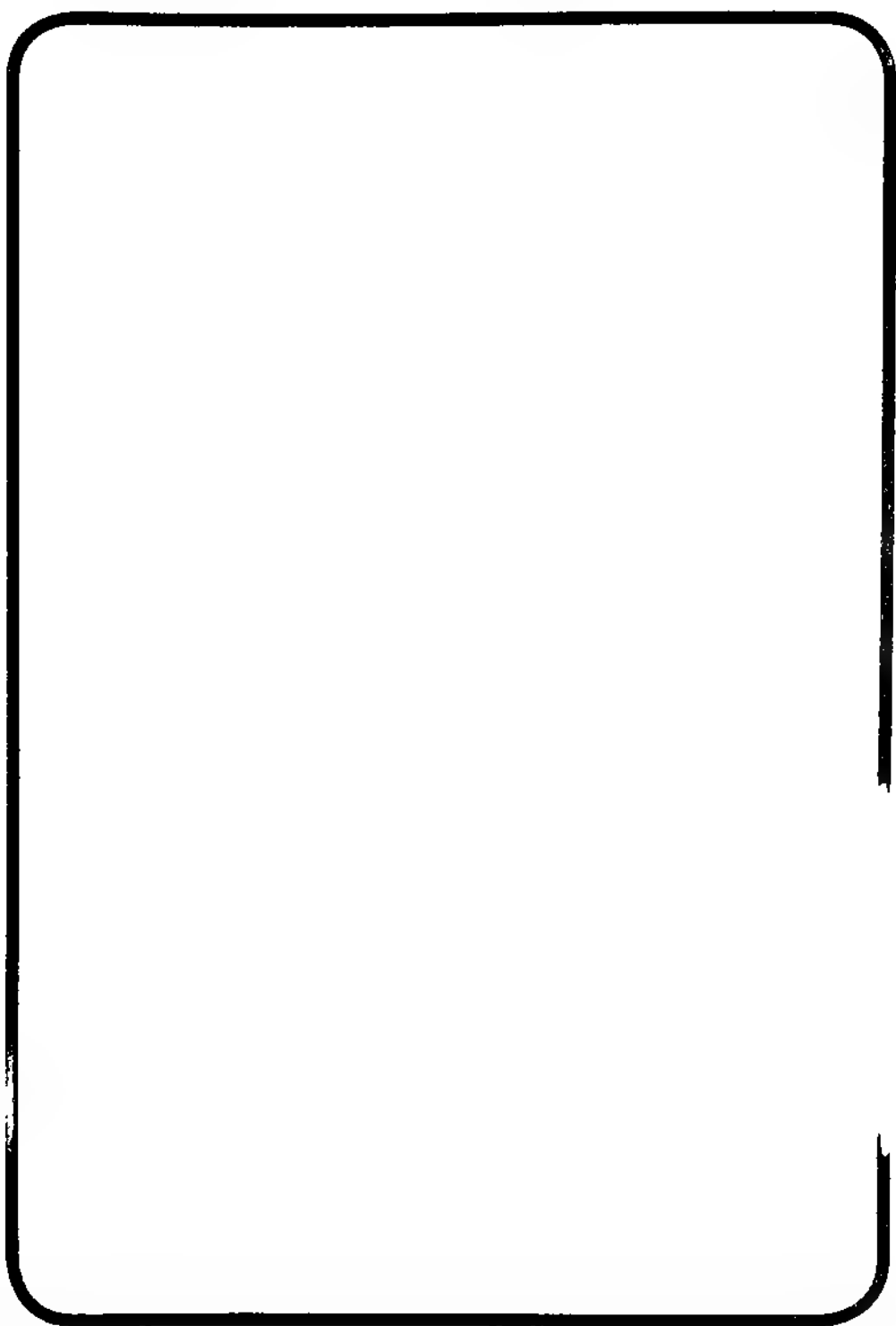






الفهارس العامة





فهرس الآيات

الآية	السورة	رقمها	الصفحة
﴿وَأَنذِرُوا مِنْ ثَمَازٍ إِذْ هُمْ مُعْتَلٍ﴾	البقرة	١٢٥	٤٦٩ / ١
﴿وَعَهْدَنَا إِلَىٰ إِذْ هُمْ لَا يَسْتَعِيزُ أَنْ ظَهَرًا يَبْقَىٰ لِلظَّالِمِينَ وَالْمُكَذِّبِينَ﴾	البقرة	١٢٥	٤٤٤ / ٢
﴿قُولُوا ءَامَنَّا بِاللَّهِ﴾	البقرة	١٣٦	٥٠١ / ١
﴿فَمَنْ يَدَّ لَهُ بِدَعَاهُ فَاِثْمُهُ فَإِنَّهُ عَلَىٰ الَّذِينَ يُدَّيُّوهُ﴾	البقرة	١٨١	٥٠ / ١
﴿وَلَا تُبَشِّرُوهُمْ وَأَنْتُمْ عَنْكُمُوهَا فِي الْمَسْجِدِ﴾	البقرة	١٨٧	٤٤٤ / ٢
﴿وَأَيُّهَا الْمَلَأَ الْأَعْيُنَ وَالْعُرَىٰ﴾	البقرة	١٩٦	٦٧٣ / ٢
﴿فَصَبَّامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْمَلْجِ﴾	البقرة	١٩٦	٦٨٩ / ٢
﴿الْعَجَّ أَشْهَرُ مَعْلُومَتٍ﴾	البقرة	١٩٧	٤٥٥ / ٣
﴿وَالْمَطْلَقَتُ بِرَبِّصَتٍ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوهٍ﴾	البقرة	٢٢٨	٤٥٥ / ٣
﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾	البقرة	٢٣٦	٣٤٥ / ٣
﴿وَلَا تَسْمُوا الْحَيْثُ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾	البقرة	٢٦٧	٢١٥ / ٢
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾	البقرة	٢٦٧	٢٩٥ / ٢
﴿أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَرْجَبْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾	البقرة	٢٦٧	٣١١ / ٢
﴿وَحَرَّمَ الزُّبَا﴾	البقرة	٢٧٥	١٠ / ٣
﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ﴾	آل عمران	٦٤	٥٠١ / ١

الآية	السورة	رقمها	الصفحة
﴿إِنَّا لَذِينَ نَشْرُونَ بَعْدَ اللَّهِ وَأَيُّكُمْ قَلِيلًا﴾	آل عمران	٧٧	٤٤٤ / ٣
﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾	آل عمران	٩٧	٤٦٤ / ٢
﴿فَانسَحُوا بِأُجُوبِكُمْ وَالْيَدِ يَكُمْ زُنَّةٌ﴾	المائدة	٦	٣٨٤ / ١
﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطِيسُونَ أَهَالِيَكُمْ﴾	المائدة	٨٩	١٣ / ٢
﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ﴾	الأنعام	٣٨	٤٧٢، ١٢٠ / ١
﴿إِلَّا أُمَّةٌ أَمَّاكُمُ﴾	الأنعام	٣٨	١٢٠ / ١
﴿لَقَدْ قَطَّعَ بَيْنَكُمْ﴾	الأنعام	٩٤	٣٥٢ / ٢
﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾	الأنفال	٧٥	٧٣ / ٢
﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾	التوبة	٣٤	٢٧١ / ٢
﴿فَلَا تَقْلُبُوا فِيهَا أَنْفُسَكُمْ﴾	التوبة	٣٦	٥٤١ / ٣
﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ﴾	التوبة	٥٩	٣٤٦، ٣٤٥ / ٢
﴿وَصَلَّىٰ عَلَيْهِمْ﴾	التوبة	١٠٣	٤٦٩ / ١
﴿لَا تَقْدِرُوا أَبَدًا﴾	التوبة	١٠٨	٤٥٩ / ١
﴿لَوْ أَنَّ لَهُمْ مِائَةَ الْأَرْضِ جَمِيعًا وَمِثْلَهُ مَعَهُ لَافْتَدَوْا بِهِ﴾	الرعد	١٨	٦١٥ / ٣
﴿وَفَطَرَتِ اللَّهُ الْبَنَىٰ فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا﴾	الروم	٣٠	٣٢١ / ٢
﴿وَمَوْءُودٌ عَلَىٰ مَوْلَانَهُ﴾	النحل	٧٦	٤٩٤ / ٣
﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾	الإسراء	٧	١١٠ / ٢
﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ﴾	الكهف	٧٩	٣٤٨ / ٢

١٢٥ / ٢	٨٠	النمل	﴿إِنَّكَ لَا تَسْمِعُ الْمَوْتَ﴾
٤٨٨ / ٣	١٥	لقمان	﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾
١٠٤ / ١	٤٠	الأحزاب	﴿وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾
٤٥٨ / ٣	٤٩	الأحزاب	﴿ثُمَّ طَلَفْتُهُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُمْ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ مِنْ عِذٍّ تَعْنُدُونَهَا﴾
٢٢ / ٢	٥٦	الأحزاب	﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ﴾
١٢٥ / ٢	٢٢	فاطر	﴿وَمَا آتَى بِمُسْمِيحٍ مِّنْ فِي الْقُبُورِ﴾
٥٤٣ / ٢	١	ص	﴿ص﴾
١٥٤ / ٢	٤٢	الزمر	﴿يَتَوَقَّى الْأَنْفُسَ مِنْ مَّوَدِّعِهَا﴾
٥٦١ / ٢	٦٠	غافر	﴿أَدْعُوهُمْ أَسْتَجِبْ لَهُمْ﴾
٣٤ / ٢	٣٧	فصلت	﴿لَا تَسْجُدُوا لِلشَّمْسِ وَلَا لِلْقَمَرِ وَاسْجُدُوا لِلَّهِ الَّذِي﴾
٨٥ / ١	٣٨	الدخان	﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَكَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لِلْعَيْبِ﴾
٧٣ / ٢	١٠	الحجرات	﴿إِنَّا الْمُؤْمِنُونَ إِسْرَءِيلُ﴾
١٥٩ / ٢	٣٢	النجم	﴿فَلَا تَذْكُرُوا أَنْفُسَكُمْ﴾
٤٥٥ / ٣	١	الطلاق	﴿طَلَفْتُهُمْ إِيْمَانِيَّةً﴾
٣١٤ / ٣	٢	الطلاق	﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾
٤٨٨ / ٣	٦	الطلاق	﴿وَإِنْ أَرْضَكُمْ لَكُمْ فَتَاوَهُمْ لَبُورُهُمْ﴾
٤٤ / ٢	١٠	نوح	﴿اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا﴾

الآية	السورة	رقمها	الصفحة
﴿وَأَنزِلْ وَمَا وَسَقَ﴾	الانشقاق	١٧	٢٨٨ / ٢
﴿مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ﴾	الطارق	٦	١٢٩ / ١
﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾	الأعلى	١	١٧ / ٢
﴿هَلْ أَنتَكَ﴾	الغاشية	١	١٨، ١٧ / ٢
﴿إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ﴾	الكوثر	١	٥٥٨ / ١
﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾	الكافرون	١	٦١٧ / ٢
﴿أَنسَتَ غَلَبَتِكُمْ﴾	الفاتحة	٧	٥٥٤ / ١
﴿تَسْلِيكَ يَوْمِ الدِّينِ﴾	الفاتحة	٤	٥٥٧، ٥٥٤ / ١
﴿وَلَا الْمَسَآئِينَ﴾	الفاتحة	٧	٦٠٩ / ١



فهرس الأحاديث والآثار

١٨٢/٢	ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الصَّدَقَةُ
٦٠٩/١	أَدْرَكْتُ مِثْنَيْنِ مِنَ الصَّحَابَةِ إِذَا قَالَ الْإِمَامُ: ﴿وَلَا تَسْأَلْنِي﴾
١١٤/٣	اذْكُرُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ
٥٧٩/١	إِذَا أَخَذْتَ وَقَدْ قَعَدَ فِي آخِرِ صَلَاتِهِ
٥٥٢/١	إِذَا اسْتَقْبَلْتَ الْقِبْلَةَ فَكَبِّرْ
٢٥٨/١	إِذَا أَقْضَى أَحَدُكُمْ بِيَدِهِ إِلَى فَرْجِهِ
٣٠٤/٣	إِذَا لَقِيَ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خُطْبَةً امْرَأَةً
٤١٦/٢	إِذَا انْتَصَفَ شَعْبَانُ فَلَا تَصُومُوا
٤١٢/٢	إِذَا انْتَصَفَ شَعْبَانُ فَلَا صِيَامَ
٣٧٢/٣	إِذَا بَانَتِ الْمَرْأَةُ هَاجِرَةً فِرَاشَ رَوْحِهَا لَعَنَتْهَا الْمَلَائِكَةُ
١٥٧/١	إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلْتَيْنِ
٣٠١/١	إِذَا تَطَهَّرَ فَلَيْسَ خُفَّيْهِ
٥٧٩/١	إِذَا جَلَسَ قَدَرَ التَّشَهُُّدُ ثُمَّ أَخَذَتْ
٣٠٤/٣	إِذَا خُطِبَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ
٥٧٩/١	إِذَا رَفَعَ الْإِمَامُ رَأْسَهُ مِنْ آخِرِ رُكْعَةٍ
٥٠٦/١	إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ الْجُمُعَةَ
٥٠٢/١	إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ الرُّكْعَتَيْنِ قَبْلَ الصُّبْحِ

رقم الصفحة	طرف الحديث
٥٧٥/١	إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَلْيَبْدَأْ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ
٥٧٥/١	إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَلْيَبْدَأْ بِحَمْدِ رَبِّهِ
٥٧٥/١	إِذَا صَلَّيْتَ فَقَعَدْتَ فَأَحْمَدِ اللَّهَ
٩٨/٢	إِذَا صَلَّيْتُمْ عَلَى الْمَيِّتِ فَأَخْلِصُوا لَهُ الدُّعَاءَ
٦١٤/١	إِذَا قَالَ الْإِمَامُ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ
٤٩٤/٣	إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ
٥٥٦/١	إِذَا قَرَأْتُمْ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ
٤٠٠/٢	إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ صَائِمًا فَلْيَنْقِطِرْ عَلَى التَّمْرِ
٢١٥/٣	إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ
١٨٠/١	أَرْبَعٌ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ
٦٠١/٢	أَشَارَ بِيَدِهِ كَمَا يَخْذِفُ الْإِنْسَانُ
٤٤٦/١	اصْنَعُوا كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا النِّكَاحَ
٤٨٨/٣	أَطِيبُ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ كَنْبِهِ
٢٤٢/٣	اعْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ عَرَفَهَا سَنَةً
٥٢٢/٢	أَفْضَلُ الْأَيَّامِ يَوْمُ عَرَفَةَ، فَإِذَا وَافَقَ الْوُقُوفُ
٥٠٧/١	أَفْضَلُ الصَّلَاةِ بَعْدَ الْفَرِيضَةِ
٦١٩/١	الْإِقْعَاءُ سُنَّةُ نَبِيِّنَا ﷺ
٤٣٨/١	أَقَلُّ الْحَيْضِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ



- ٥٥٧/١ أَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَفْتَحُ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ
 ٦١١/١ أُمُّ الْقُرَآنِ عِوَضٌ عَنْ غَيْرِهَا
 ٢٨٨/٢ أَمَرَ ﷺ أَنْ يُخْرَصَ الْعِنَبُ
 ٥٧٤/١ أَمَرَنَا اللَّهُ أَنْ نُصَلِّيَ عَلَيْكَ فَكَيْفَ نُصَلِّيُ
 ٤٦٥/٢ أَمْسِكَ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَ مَنْ
 ٦٠٩/١ أَنَّ ابْنَ الزُّبَيْرِ أَمَّنَ وَأَمَّنَ مَنْ وَرَاءَهُ
 ٦٠١/١ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَانَ إِذَا دَخَلَ فِي الصَّلَاةِ كَبَّرَ
 ٤٥٥/٣ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ
 ٩/٣ إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ
 ٤٥٨/١ إِنَّ اللَّهَ يُؤَيِّدُ هَذَا الدِّينَ
 ٥٠٧/١ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا دَخَلَ الْعَشْرُ
 ٦٠١/١ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ
 ٤٢٦/٢ إِنَّ أُمَّي مَاتَتْ وَعَلَيْهَا صَوْمٌ نَذَرٌ، أَفَأَصُومُ عَنْهَا؟
 ٣٦٠/٢ إِنَّ بَنِي هَاشِمٍ وَالْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ
 ٤٣٤/١ إِنَّ دَمَ الْحَيْضِ أَسْوَدُ مُخْتَلِمٌ
 ١١٦/٢ أَنَّ سُقْرَانَ وَضَعَ فِي قَبْرِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَطِيفَةً حُمْرَاءَ
 ٣٦٠/٢ إِنَّ هَذِهِ الصَّدَقَاتِ إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ
 ٦٢٩/١ إِنَّ هَذِهِ الصَّلَاةَ لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ

- أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي ٥١٧/٣
- انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَكُمَا ٣٠٤/٣
- أَنَّهُ أَمَرَ امْرَأَةً مَاتَتْ أُمُّهَا وَعَلَيْهَا صَلَاةٌ ٤٣١/٢
- أَنَّهُ ﷺ أَخَذَ فِي يَمِينِهِ قِطْعَةً حَرِيرٍ ٦٢/٢
- أَنَّهُ ﷺ اعْتَكَفَ الْعَشْرَ الْأَوَّلَ مِنْ شَوَّالٍ ٤٤٩/٢
- أَنَّهُ ﷺ أَقْبَلَ إِلَى الْجِدَارِ ٣٨٦/١
- أَنَّهُ ﷺ بَعَثَ أُمَّ سَلَمَةَ لَتَطُوفَ قَبْلَ الْفَجْرِ ٦٦١/٢
- أَنَّهُ ﷺ دَفَعَ إِلَى يَهُودٍ خَيْرَ نَخْلٍ وَأَرْضَهَا ١٧٠/٣
- أَنَّهُ ﷺ رَفَعَ صَوْتَهُ بِالتَّائِمِينَ ٦٠٨/١
- أَنَّهُ ﷺ رَفَعَ يَدَيْهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ ٥٩٨/١
- أَنَّهُ ﷺ زَارَ قَبْرَ أُمِّهِ، فَبَكَى ١٣٢/٢
- أَنَّهُ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْرٍ ١٧٠/٣
- أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَجْمَعُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ مِنْ قَتْلَى أُحُدٍ ١٤٣/٢
- أَنَّهُ ﷺ كَانَ يُعَلِّمُهُمْ هَذَا الدُّعَاءَ لِيَدْعُوا بِهِ ٥٩٤/١
- أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَقْنُتُ فِي صَلَاةِ الصُّبْحِ ٥٩٤/١
- أَنَّهُ ﷺ لَمَّا دَخَلَ مُحَسَّرًا ٦٠١/٢
- أَنَّهُ ﷺ لَمَّا فَرَغَ مِنْ طَوَافِهِ قَبْلَ الْحَجَرِ ٥٥٨/٢
- أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُئِلَ عَنِ الْعُمْرَةِ أَوَاجِبَةٌ هِيَ؟ ٤٦٤/٢

٦٠١/١	أَنَّهُ كَانَ إِذَا قَامَ إِلَى الصَّلَاةِ الْمَكْتُوبَةِ كَبَّرَ
٥٥٦/١	أَنَّهُ كَانَ يَجْهَرُ بِالْبِسْمَلَةِ وَقَالَ: لَا أَلُو
١٢٥/٢	أَنَّهُ يَسْمَعُ قُرْعَ نِعَالِكُمْ
٤٠٧/٢	إِنَّهَا أَيَّامٌ أَكَلٍ وَشُرْبٍ وَذِكْرِ اللَّهِ
٦٦١/٢	أَيَّامٌ مِنِّي أَيَّامٌ أَكَلٍ وَشُرْبٍ وَبِعَالٍ
٣٧٢/٣	أَيُّمَا امْرَأَةٍ مَاتَتْ وَرَوَّجَهَا رَاضِي عَنْهَا
٦٢٥/٣	بِاسْمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ
١٦/٣	الْبَيْعَانِ بِالْخَبَارِ مَا لَمْ يَتَرَاقَا
٥٠٥/١	بَيْنَ كُلِّ أَدَاتَيْنِ صَلَاةٌ
٤٩٩/٣	بَيْنَمَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقْرَةً إِذْ أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا
٥٧٩/١	تَخْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ
٤٠٤/٢	تَسَحَّرُوا وَلَوْ بِجُرْعَةِ مَاءٍ
٤٠٣/٢	تَسَحَّرُوا فَإِنَّ فِي السُّحُورِ بَرَكَةً
٦٦/٢	الْتِمَسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَلِيدٍ
٤٣٨/١	تَمَكُّتْ إِحْدَاكُنْ دَهْرَهَا لَا تُصَلِّيْ
٤٢٠/٢	جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلَكْتُ
١٥٤/٣	جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ



٣٨٤ / ١	جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِدًا وَطَهُورًا
٣٥٣ / ٢	الْحَجَّ سَبِيلَ اللَّهِ
٥٦٣، ٥٦٢ / ٢	الْحَجَّ عَرَفَةَ
٦٠١ / ٢	حَجَجْتُ حَجَّةَ الْوُدَاعِ، فَلَمَّا رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
٢٢٨ / ١	حَجَرَانِ لِلصَّفْحَتَيْنِ
٥٠٦ / ٢	حُجُّوا قَبْلَ أَنْ لَا تَحُجُّوا
٤٤٤ / ٣	حِسَابُكُمَا عَلَى اللَّهِ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ
٤٣٨ / ١	الْحَيْضُ ثَلَاثٌ أَرْبَعٌ خَمْسٌ
٤٨٩ / ٣	خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ
٣٧٥ / ٢	وَدَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى عَائِشَةَ ذَاتَ يَوْمٍ
٤٩٧ / ٣	دَخَلْتُ امْرَأَةً النَّارِ فِي هَرَّةٍ حَبَسَتْهَا
٦١٥ / ١	وَأَيْتُ بِضَعَةِ وَفَلَاحَيْنِ مَلَكَا
٤٠٤ / ٢	رُبَّ صَائِمٍ لَيْسَ لَهُ مِنْ صِيَامِهِ إِلَّا الْجُوعُ
٤٦ / ٣	الرُّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ
٤٨٤ / ١	الشَّقَقُ الْحُمْرَةُ فَإِذَا غَابَ الشَّقَقُ
٣٦٢ / ٢	صَدَقَةٌ تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ
٧٠ / ٣	الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ
٥٠٥ / ١	صَلُّوا قَبْلَ الْمَغْرِبِ رَكَعَتَيْنِ



٥٧٠/١

صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصَلِّي

٥٧١/١

صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصَلِّي

٦١٤/١

صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصَلِّي

٦١٥/١

عَلَى النَّبِيِّ ﷺ عَلَى حَنَازِهِ، لَقَالَ: اللَّهُمَّ اخْفِزْ لِحَيَاتِنَا

٥٥٦/١

صَلَّيْتُ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ

٤٠٥/٢

الْمَصِيَّامُ جُنَّةٌ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ صَائِمًا

٢٠٥/٣

عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ

١٣٨/٣

الْعَارِيَةُ مَقْشُورَةٌ

٦٠١/٢

عَلَيْكُمْ بِحَصَى الْخَذْفِ

٢٣٥/٣

الْمُتَزَوِّجُ مِيرَاتٍ لِأَهْلِهَا

٤٢١/١

فَإِنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَنْجُسُ

٣١٩/٣

لَا يَسَاجِرُوا، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ

٣٢١/٢

فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَكَاةَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ

٤٠٤/٣

مَنْ جَاءَهُ مِنَ الْأَمَةِ

١٨١/٢

فِي كُلِّ سَائِمَةٍ إِبِلٌ فِي أَرْبَعِينَ بَنَتْ لَبُونٌ

٤٦٤/٢

قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلْ عَلَى النِّسَاءِ جِهَادٌ؟

٥٥٦/١	كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَفْتَحُ الصَّلَاةَ
٤٠١/٢	كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَفْطِرُ قَبْلَ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَى رُطَبَاتٍ
٥٧٦/١	كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ فِي الصَّلَاةِ: اللَّهُمَّ
٤٨٣/٣	كَانَ فِيهَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِي الْقُرْآنِ: عَشْرُ رُضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ
٦٣٨/٣	كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يَوْمَيْنِ
٤٩٤/٣	كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُخَيَّسَ عَنْ مَمْلُوكِهِ
٥٧٠/١	كُنَّا نَقُولُ قَبْلَ أَنْ يُفَرَّضَ عَلَيْنَا التَّشَهُُّدُ
٤٤٠/١	كُنَّا نَوْمُرُ بِقِصَاصِ الصَّوْمِ
٣٦٠/٢	لَا أُحِلُّ لَكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ مِنَ الصَّدَقَاتِ شَيْئًا
٤٨٣/٣	لَا تُحَرِّمُ الرُّضْعَةُ وَلَا الرُّضْعَتَانِ
٣٥٣/٢	لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيِّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ
٣٦٩/٢	لَا تَزَالُ أُمْتِي بِخَيْرٍ مَا عَجَّلُوا الْفِطْرَ
٤٠٢/٢	لَا تَزَالُ أُمْتِي بِخَيْرٍ مَا عَجَّلُوا الْفِطْرَ
٥٧٨/١	لَا تُرَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَقَ وَلَا الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا
٥٧٨/١	لَا تُسَيِّدُونِي فِي الصَّلَاةِ
٤١٢/٢	لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِيُوا، فَمَنْ أَزَقَبَ شَيْئًا
٤١٢/٢	لَا تَقْدُمُوا بِصَوْمِ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ،

٥٧٦/١	لَا تَكُونُ صَلَاةٌ إِلَّا بِقِرَاءَةٍ وَتَشْهِيدٍ
٦١/٢	لَا تَلْبَسُوا الْحَرِيرَ وَلَا الدِّيَنَاجَ
٥٠٣/١	لَا تُؤْثِرُوا بِثَلَاثٍ
٤٨٢/٣	لَا رَهْصَاعَ إِلَّا مَا فَتَى الْأَمْعَاءَ
٥٥١/١	لَا صَلَاةَ لِمَنْ لَمْ يَفْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ
٤١١/٣	لَا طَلَّاقٌ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ
٥١٨/٣	لَا عَذْوَى
٣٠٨/٣	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ
٣٠٨/٣	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ
٢٥٦/٢	لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَزَوِّجَيْنِ وَلَا بَيْنَ مُتَزَوِّجَةٍ وَبَيْنَ مُتَزَوِّجَةٍ
٢٩٢/٢	لَا يُجْمَعُ عَشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضِ مُسْلِمٍ
٤٣٨/١	لَا يَكُونُ الْحَبْلُ أَكْثَرَ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ
٥١٨/٣	لَا يُورَدُ دُوٌّ عَامَّةٌ عَلَى مُصِحِّحٍ
٥٥٢/١	لَعَلَّكُمْ تَقْرَءُونَ خَلْفِي
٤٤١/١	لَعَلَّكُمْ تَقْرَءُونَ خَلْفِي
٤٩٤/٣	لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ

	لم يُرَخَّصْ فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ أَنْ يُصَنَّ	
٤٠٧/٢	أَيُّ النَّاسِ ۖ جَعَلَ يَتَغَشَّاهُ الْكَرْبُ	
	لَمَّا كَسَفَتِ الشَّمْسُ أَرْسَلَ ۖ مُنَادِيَهُ	
٥٨٩/١	أَعْمَرَ لِحَيَاتِهِ	
٥٩٤/١	اللَّهُمَّ اهْدِنِي فِيمَنْ هَدَيْتَ، وَعَافِنِي فِيمَنْ عَافَيْتَ،	
	اللَّهُمَّ شَفِّعْنَا رَحْمَةً وَلَا شَفِيًّا عَذَابٍ	
٤٠٢/٢	اللَّهُمَّ لَكَ صَنَعْتُ، وَعَلَى رِزْقِكَ أَفْعَلْتُ	
	لَيْسَ الصِّيَامُ مِنَ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ فَقَطْ	
١٦٠/٢	لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَيْدِهِ وَلَا قَرَسِهِ صَدَقَةٌ	
١٦٠/٢	لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَيْدِهِ وَلَا قَرَسِهِ صَدَقَةٌ	
٤٤٩/٢	لَيْسَ عَلَى الْمُتَكَبِّفِ صِيَامٌ	
	لَيْسَ فِي أَقَلِّ مِنْ عِشْرِينَ دِينَارًا شَيْءٌ	
٢٨٨/٢	لَيْسَ فِي حَبِّ وَلَا تَمْرٍ صَدَقَةٌ	
	لَيْسَ فِيمَا كَوْنِ خُمْسٍ أَوْاقٍ مِنَ الْوَرَقِ صَدَقَةٌ	
١٣٥/٢	لَيْسَ مِنَّا مَنْ ضَرَبَ الْخُدُودَ، وَشَقَّ الْجُيُوبَ	
	لَيْسَ مِنَّا مَنْ	
٥٩٣/١	مَا زَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْنُتُ فِي الْفَجْرِ	
	مَا زَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْنُتُ فِي الْفَجْرِ	

١٣٧/٢	مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُعْزِي أَخَاهُ بِمُصِيبَةٍ
٥٢٢/٢	مَا مِنْ يَوْمٍ أَكْثَرَ مِنْ أَنْ يُعْتَقَ اللَّهُ سَبْحَانَهُ وَقَعَالَى عَبْدًا
١٥٨/١	الْمَاءُ لَا يَنْجُسُهُ شَيْءٌ
٢٠٥/٣	مَنْ أَحْبَبَا أَرْضًا مَيْتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ
٢٠٥/٣	مَنْ أَحْبَبَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ
٢٦/٣	مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُؤْسِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ
٢٠٥/٣	مَنْ أَغْتَرَّ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ
٢٣٥/٣	مَنْ أَغْتَرَّ عُمْرِي فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِيبِهِ
٣٩٢/٢	مَنْ أَفْطَرَ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ نَاسِيًا
٦١٥/١	مَنِ الْمُتَكَلِّمُ؟ قَالَ: أَنَا
٣٩٥/٢	مَنْ ذَرَعَهُ الْفَقْرُ وَهُوَ صَائِمٌ فَلْيَسْ عَلَيْهِ قَضَاءُ
١٢٠/٢	مَنْ شَهِدَ الْجَنَازَةَ حَتَّى يُصَلِّيَ عَلَيْهَا فَلَهُ قِيرَاطٌ
٤٠٨/٢	مَنْ صَامَ يَوْمَ الثُّلَاثِ فَقَدْ عَصَى أَبَا الْقَاسِمِ <small>عَلَيْهِ السَّلَامُ</small>
١٩٩/٢	مَنْ صَلَّاهُ عَلَى جَنَازَةٍ فِي الْمَسْجِدِ فَلَا شَيْءَ لَهُ <small>إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْمَسْجِدِ</small>
٣٧٤/٢	مَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ قَبْلَ الْفَجْرِ
٤٠٤/٢	مَنْ لَمْ يَكُنْ فِي الزَّوْرِ وَالْعَمَلِ بِهِ
٥٠٦/٢	مَنْ لَمْ يَمْنَعْهُ مِنَ الْحَجِّ حَاجَةٌ أَوْ مَرَضٌ حَاسِبٌ
٤٢٤/٢	مَنْ مَاتَ وَحَلَّهِ صِيَامُ شَهْرٍ فَلْيُطْعَمْ عَنْهُ <small>مِنْ لَحْمٍ أَوْ مِنْ نَبَاتٍ أَوْ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ مِنْ شَيْءٍ يَطْعَمُ بِهِ</small>

رقم الصفحة	طرف الحديث
٤٢٤/٢	مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صِيَامٌ، صَامَ عَنْهُ وَلِيُّهُ
٢٥٨/١	مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ
٢٥٨/١	مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ
٦٨٢/٣	مَنْ مَلَكَ ذَا رَجِمَ مَحْرَمٍ فَقَدْ عَتَقَ عَلَيْهِ
٦٣٨/٣	مَنْ تَلَذَّرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ مَا سَمَى
٣٩٢/٢	مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ فَأَكَلَ أَوْ شَرِبَ
٣٩٢/٢	مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ فَأَكَلَ وَشَرِبَ
٣٦١/٢	مَوَلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ
١٣٥/٢	النَّايِضَةُ إِذَا لَمْ تَتَّبِ تَقَامُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ
١٢٩/١	نَعَمْ إِذَا رَأَتْ الْمَاءَ
٤٠٤/٢	نِعْمَ شُحُورُ الْمُؤْمِنِ النَّخْرُ
٦١/٢	نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لُبْسِ الْحَرِيرِ
١٢٦/٢	نَهَى أَنْ يُبْنَى الْقَبْرُ
١٢٦/٢	نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُجَصَّصَ الْقَبْرُ،
٣٧٥/٢	هَلْ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ؟
٢٠١٨/٣	هِيَ صَدَقَةٌ لِلَّهِ
٨٣/٣	وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ
٣٠١/١	وَإِذَا قَامَ مِنَ الرَّكْعَتَيْنِ كَبَّرَ وَرَفَعَ يَدَيْهِ

- ٢٧٣ / ٢ وفي الرِّقَّةِ رُبْعُ الْعُشْرِ
- ٣١٧ / ٢ وفي الرِّكَازِ الْخُمْسُ
- ١٨٠ / ٢ وفي صَدَقَةِ الْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا
- ٤٨٣ / ١ وَقْتُ الْمَغْرِبِ مَا لَمْ يَغِبِ الشَّمْسُ
- ٤٨٣ / ١ وَقْتُ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ إِذَا غَابَتِ الشَّمْسُ
- ٤٥٩ / ١ وَكَفَّارَتُهَا دَفْنُهَا
- ٦٥٩ / ١ يَا أَيُّهَا عَبْدُ مَنَافٍ لَا تَمْنَعُوا أَحَدًا صَلَّى
- ٦٥٩ / ١ يَا أَيُّهَا عَبْدُ مَنَافٍ لَا تَمْنَعُوا أَحَدًا طَافَ
- ٤٦٤ / ٢ يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبِي شَيْخٌ كَبِيرٌ لَا يَسْتَطِيعُ
- ٥٧٦ / ١ يَتَّقِيهِ الرَّجُلُ فِي الصَّلَاةِ ثُمَّ يُصَلِّي



فهرس موضوعات المجلد الثالث

الموضوع	الصفحة
كتاب البيوع	٥
فصل في السلم	٢٦
فصل في الرهن	٣٩
فصل في الحجر	٥٠
فصل في الصلح	٧٠
فصل في الحوالة	٨٢
فصل في الضمان	٨٨
فصل في كفالة البدن	٩٥
فصل في الشَّرْكة	٩٧
فصل في الوكالة	١٠١
فصل في الإقرار	١١٤
فصل في العارية	١٣١
فصل في الغصب	١٤١
فصل في الشفعة	١٥٣
فصل في القراض	١٦٢
فصل في المساقاة	١٧٠
فصل في الإجارة	١٧٧
فصل في الجمالة	١٩٢
فصل في المزارعة	٢٠٢

الموضوع	الصفحة
فصل في إحياء الموات	٢٠٥
فصل في الوقف	٢١٥
فصل في الهبة الشاملة للهدية والصدقة	٢٢٩
فصل في اللقطة	٢٣٦
فصل في اللقيط	٢٥٣
فصل في الوديعة	٢٥٧
كتاب الفرائض	٢٦٧
فصل في الوصية	٢٨١
كتاب النكاح	٢٩٣
فصل في أركان النكاح ومحرماته	٣٠٨
فصل في الصداق	٣٤٥
فصل في حكم القسم بين الزوجات ونشوزهن	٣٦٣
فصل في الخلع	٣٧٥
فصل في الطلاق	٣٨٥
فصل في الرجعة	٤١٦
فصل في الإيلاء	٤٢٢
فصل في الظهار	٤٢٨
فصل في قذف الرجل زوجته والتعانه منها	٤٣٨
فصل في العدة	٤٤٩
فصل في الاستبراء	٤٦١

الموضوع	الصفحة
فصل فيما يجب للمعتدة وعليها	٤٦٨
فصل في الرضاع	٤٨٠
فصل في نفقة الأقارب والمماليك والبهائم	٤٨٨
فصل في نفقة الزوجة	٥٠١
فصل في الحضانة	٥١١
كتاب الجنائيات	٥٢٣
فصل في الدية	٥٣٧
فصل في دعوى القتل وثبوتة بيمين المدعي	٥٤٧
كتاب الحدود	٥٥٣
فصل في حد القذف	٥٥٩
فصل في حد شارب المسكر	٥٦٢
فصل في حد السرقة	٥٦٤
فصل في حكم قطاع الطريق	٥٦٩
فصل في الصيال	٥٧٢
فصل في قتال البغاة	٥٧٧
فصل في الردة	٥٧٩
فصل في حكم تارك الصلاة	٥٨٣
كتاب الجهاد	٥٨٩
فصل في قسمة الغنيمة	٥٩٦
فصل في قسم الفبيء	٥٩٨
فصل في الجزية	٥٩٨

الصفحة	الموضوع
٦١١	كتاب الصيد والذبائح
٦١٦	فصل في بيان ما يحل وما يحرم من الحيوان وما يحل للمضطر
٦٢١	فصل في بيان الأضحية
٦٢٧	فصل في العقيقة
٦٣١	كتاب السبق والرمي
٦٣٥	كتاب الأيمان
٦٤٣	فصل في النذر
٦٤٩	كتاب الأقضية
٦٥٩	فصل في القسمة
٦٦١	فصل في أحكام تتعلق بالدعوى
٦٦٥	فصل في الشهادة
٦٧٧	كتاب العتق
٦٨٣	فصل في الولاء
٦٨٥	فصل في التدبير
٦٨٧	فصل في الكتابة
٦٨٢	فصل في المستولدة
٦٩٩	فهرس الآيات
٧٠٣	فهرس الأحاديث والآثار
٧١٦	فهرس الموضوعات

